

UNIVERSITÉ DE NICE
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

DE LA NOTION DE SALAIRE INDIVIDUEL A LA NOTION DE SALAIRE SOCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 24 Juin 1964

par

FÉLIX PIPPI

MEMBRES DU JURY

Président de la thèse : Monsieur G. Lambert, professeur

Suffragants : Monsieur le Doyen L. Trotabas

Monsieur J. Dupuy, professeur

Monsieur C. Caby, professeur

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1966

**DE LA NOTION
DE SALAIRE INDIVIDUEL
A LA NOTION
DE SALAIRE SOCIAL**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE NICE
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

DE LA NOTION DE SALAIRE INDIVIDUEL A LA NOTION DE SALAIRE SOCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 24 Juin 1964

par

FÉLIX PIPPI

MEMBRES DU JURY

Président de la thèse : Monsieur G. Lambert, professeur

Suffragants : Monsieur le Doyen L. Troabas

Monsieur J. Dupuy, professeur

Monsieur G. Caby, professeur

P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1966

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*Tout homme a naturellement droit à tout ce qui lui
est nécessaire...*

(Du Contrat Social — Chap. IX)

J. J. ROUSSEAU



AVANT-PROPOS

Le XIX^e Siècle apparut longtemps comme le siècle de la Révolution Industrielle ; il faut admettre aujourd'hui qu'il annonçait déjà une autre révolution plus grandiose, parce qu'elle avait pour objet l'homme lui-même. Une classe nouvelle venait de naître de la découverte du machinisme et de l'utilisation industrielle des forces naturelles : le prolétariat.

Certes, la Révolution Française, en se fixant comme objectif la délivrance des travailleurs de l'autorité oppressive des corporations, avait laissé l'ouvrier libre, mais seul et désarmé devant les risques de l'existence.

Egaux devant la loi, et libres en principe, de disposer de leur personne, les individus ne le sont, en réalité, que dans la mesure où ils sont assurés de leurs moyens d'existence. L'homme qui n'a comme ressource de gain, que l'activité de ses bras ou la force de son intelligence, peut perdre l'une ou l'autre ; il n'est alors pas préservé de la misère par sa liberté. La dure loi d'airain de la concurrence imposait à une industrie naissante de n'offrir à l'ouvrier, contre un labeur incessant, qu'un salaire s'établissant au « niveau de subsistance ».

Sociologues, économistes, juristes, ne restent pas insensibles à tant de misère ; un puissant courant de pensée se développe pour mettre en évidence que la collectivité elle-même finit par être atteinte dans sa capacité de production, si l'on ne prête pas attention à ses « producteurs ». Contre la machine, reine du progrès technique, capable d'assurer un développement massif des forces productives, l'homme se dresse et fait valoir ses droits, au titre de « bien le plus précieux ».

Le prix de ce bien reste cependant fixé dans le cadre contractuel, individualiste et libéral du Code Civil de 1804 ; il est laissé à la libre discussion des parties, face à un Etat acceptant le « laisser-faire ». Ce prix, le salaire, ne peut rester abandonné au gré des mécanismes économiques ; l'Etat ne peut demeurer inerte et faire fi de toute sollicitude à l'égard de ceux qui n'ont que leur force de travail à monnayer ; il comprend que le travailleur est non seulement un producteur, mais aussi, et surtout un consommateur.

Né des revendications ouvrières qui mettent au premier plan de leur programme l'obtention de meilleures conditions de vie, le problème des salaires va devenir la pierre angulaire de la « question sociale », et la préoccupation des dirigeants de la plupart des Etats.

A la liberté succède la réglementation avec, comme objectif, l'institution d'un minimum vital. Mais cela même apparut bien vite insuffisant. Qu'il devienne infirme ou incapable de travailler, qu'il atteigne la vieillesse sans avoir la possibilité d'épargner, que sous les soubresauts de la concur-

rence, l'usine qui l'emploie ferme ses portes, le prolétaire, malgré les droits politiques qui lui sont concédés, demeure seul, désarmé et sans ressources.

La société prend alors conscience qu'une justice distributive doit relayer la justice commutative et donner l'espoir, à tous les travailleurs, à tous ceux qui tirent du travail leur revenu quotidien, qu'une garantie leur est assurée, et que quoi qu'il leur arrive, ils puissent toujours bénéficier de moyens d'existence suffisants. L'idée de Sécurité Sociale à l'âge moderne, des assurances sociales à l'époque classique, doit permettre de réaliser cet objectif.

On affirme ainsi en même temps l'existence des droits sociaux de l'homme et on bouleverse l'ordre juridique établi depuis un siècle. La promotion sociale du travailleur est proclamée dans les constitutions modernes des Etats : l'art. 1^{er} de la Constitution Espagnole du 9-12-1931, définit l'Etat Espagnol comme une « République de Travailleurs ». L'Union des Républiques Soviétiques Socialistes s'affirme comme étant l'« Etat Socialiste des ouvriers et des paysans » dans sa Constitution du 5-12-1936 (art. 1-2 & 143). Dans l'article 19 de sa Constitution du 11-7-1960, l'Etat Tchécoslovaque se nomme lui-même « une société de Travailleurs », puis déclare que les travailleurs « ont droit à une sécurité matérielle dans la vieillesse et lors d'une incapacité de travail » (art. 23 p. 1^{re}).

La même idée se trouve exprimée dans le préambule de la Constitution Française du 27-10-1946 : (La Constitution du 4-10-1958 proclame dans son propre préambule son attachement aux mêmes principes) :

« La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de sa situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la Collectivité des moyens convenables d'existence.

Des formules analogues se retrouvent dans les art. 22, 23 et 25 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10-12-1948, adoptée par l'Organisation des Nations-Unies. Il s'agit là d'affirmations de principes ; elles présentent ce caractère d'être des droits des individus à l'égard de la puissance publique. On a donné à cette catégorie de droits dits « sociaux », le nom de libertés concrètes par opposition aux libertés de la Déclaration des droits de 1789, appelées libertés abstraites.

Ces droits présentent ce trait essentiel, sur le plan matériel, d'être considérés comme nécessaires pour assurer la vie de l'homme en société. Mais s'ils doivent être reconnus par le législateur à tous les hommes, ils ne sont pas tous formellement consacrés par lui.

Dès lors, beaucoup d'entre eux gardent le caractère de principes, d'idées-forces, dont il appartient au législateur d'assurer l'application. Les déclarations de droits sont, a-t-on dit, dans une large mesure, de simples programmes législatifs.

Aussi, est-il du plus grand intérêt de connaître la position du Droit positif Français, et de déterminer dans quelle mesure ces principes ont reçu une consécration légale.

Cette étude doit être entreprise sous l'angle exclusif d'une notion essentielle : le salaire. Que subsiste-t-il de la conception originaire définie par le Code Civil de 1804 ? Quelle ampleur de bouleversement a-t-elle subie devant le principe affirmé que : « tout être humain a le droit d'obtenir de la collectivité, des moyens convenables d'existence s'il est dans l'incapacité de travailler » ? Pareille analyse détachée des réalités sociales et économiques serait vaine, et dans ce domaine, plus que dans tout autre peut-être, la sociologie et l'économie exercent une profonde influence sur le droit.

Dans notre terminologie moderne, le concept de salaire tend à s'élargir ; ne désigne-t-il pas tous les « gains » et « revenus » du travailleur, nécessaires à sa subsistance et à celle de sa famille ? Les avis sont loin d'être unanimes sur la définition même de ses éléments constitutifs, tant dans l'ordre économique que dans l'ordre juridique. Pourtant il convient de fixer des frontières, afin de vérifier le contenu de vérité et d'erreur de chaque conception. Le moment est venu de faire le point. Tâche difficile et audacieuse devant les conflits de doctrine et les débats passionnés qui se déroulent à propos de cette question : d'autant qu'un tel effort n'a d'intérêt que dans la mesure où l'analyse de la nature et des bornes des concepts juridiques dégager des principes qui correspondent à une réalité concrète.

Pour y parvenir, il nous faut, de ces données concrètes, rechercher les dénominateurs communs qui assurent à la théorie une base solide. Mais l'étude des solutions positives données par le droit du travail et le droit de la Sécurité Sociale impose au préalable une analyse rétrospective sur l'évolution historique du concept de salaire ! De ces bases nous devons dégager les lignes directrices, les idées forces qui commandent aujourd'hui la théorie juridique du salaire et même tenter une systématisation. Si l'on y parvient, il doit alors être possible d'entrevoir les principes directeurs susceptibles d'orienter la législation sociale de demain, et qui sont en voie de gestation.

Telle est, éventuellement, notre modeste contribution à la théorie juridique du salaire social.

Puissent, demain, les hommes sortir du « règne de la fatalité, pour entrer dans celui de la liberté ».

INTRODUCTION

L'ÉVOLUTION DU CONCEPT DE SALAIRE

PREMIER SOUS-TITRE

L'ANALYSE HISTORIQUE DU CONCEPT DE SALAIRE

On considère que le salaire apparaît historiquement à partir du moment où l'individu qui travaille est libre ou relativement libre de sa force de travail, tout en n'étant pas personnellement propriétaire des moyens de production qu'il met en œuvre.

Une telle opinion semble donc exclure la notion de salaire pour l'esclave. Pourtant les recherches des historiens portant sur les civilisations les plus reculées s'accordent à voir dans l'esclavage la première forme d'exploitation du travail humain. Aussi, convient-il de se reporter à ces époques lointaines.

CHAPITRE I

L'ASPECT CONTRACTUEL DU SALAIRE

SECTION I

L'ANTIQUITE et la REMUNERATION DU TRAVAIL

Le déchiffrement d'un document datant de 2 000 ans avant J.-C. éclaire pour nous des civilisations disparues.

Voici le Code d'Hammourabi, qui dans près de 300 articles règle de multiples questions de droit privé parmi lesquelles les salaires. On y trouve des principes d'un salaire légal, soit d'après le travail fait, soit à la journée ou à l'année (1). On y découvre aussi la préoccupation de régler minutieusement la rémunération du travail. Le Code d'Hammourabi estime le salaire des laboureurs et des bergers à 8 gours par an. Les lois d'Eshnounna fixent à 20 silas par jour le salaire du moissonneur (2). En fait, il s'agit à l'époque d'une main-d'œuvre composée d'affranchis, de gens pauvres qui, pendant la période de louage, se trouvent entretenus par leur maître occasionnel. La quantité de nourriture allouée à chaque travailleur lui est remise sous forme de ration journalière. En moyenne, un travailleur libre reçoit une ration de 2 silas, soit approximativement 2 litres d'orge par jour. Il existe même des entreprises spécialisées dans le recrutement des travailleurs. Ceux-ci se mettent en relation avec des entrepreneurs qui les louent aux patrons ayant besoin de journaliers. Les contrats stipulent qu'à la date convenue ils doivent fournir le nombre d'ouvriers requis, moyennant le paiement anticipé d'une partie du salaire. Ces contrats sont considérés comme des prêts d'argent, et la prestation de travail tient lieu de remboursement. Dans les ateliers textiles de l'époque travaillent également des tisserands libres, sous l'autorité de chefs d'équipes qui reçoivent des salaires en laine, en orge (30 à 40 litres par jour pour les adultes, 20 litres pour les enfants), en dattes, en huile et en poisson (3). Cependant, dans les sociétés primitives, à économie essentiellement agricole, la concentration des travailleurs est rare et le travail de « manufacture » n'est pas exclusif d'une forme de production domestique. Le travailleur libre est rémunéré essentiel-

(1) P. Gille : *Le salariat, Etude économique et sociale*, pp. 10 et suivantes.

(2) Paul Garelli : *Asie Occidentale Ancienne, Histoire Générale du Travail*, p. 61.

(3) Paul Garelli, *op. cit.*, p. 70.

lement en nature, et les liens établis traduisent le caractère personnel des rapports professionnels. L'ouvrier, le commis, partage la vie et l'humeur de son patron. Lors des crises dues aux famines, la fuite est pratiquement l'unique moyen de défense des travailleurs, les populations n'ayant pas conscience d'une lutte de classes.

L'esclavage, qui est certes attesté dès la plus haute époque sumérienne, n'a pas eu cependant en Mésopotamie l'extension qu'il connut dans l'Empire Romain. Sur les tablettes pictographiques d'Ourouk, le mot « esclave » est rendu par le mot « tête », une tête que l'on peut assimiler aux têtes de bétail (4) ; un être humain, de condition inférieure, qui peut être vendu et acheté, ou dont on hérite comme d'un bien. Quelques textes mentionnent un pécule que certains auraient amassé : l'origine de cet avoir est peu connue. Des historiens veulent y voir la récompense de services rendus, d'autres, comme Mendelsohn, principal historien de l'esclavage oriental, supposent qu'il provient du travail même de l'esclave.

On peut passer de l'Asie Occidentale ancienne à l'Egypte ; les documents deviennent rares et limités à telle ou telle classe de travailleurs. On découvre que les journaliers, employés de bureaux et ouvriers des ateliers, sont payés en nature, par l'attribution de produits de consommation ou d'usage : « tous les gens qui ont travaillé à construire ma tombe, ils l'ont fait en échange de pain, de bière, de tissus, d'huile, de froment, en grande quantité » (texte privé de l'Ancien Empire) (5). Les documents économiques de Deir-El-Medenich (6) renseignent sur la rétribution des travailleurs et l'on constate que le « salaire » fournit la nourriture, la boisson, l'habillement du travailleur : un ouvrier touche en moyenne chaque mois, quatre mesures (soit 380 litres) de blé et une mesure et demie (un peu plus de 140 litres) d'orge, avec attribution irrégulière de vêtement, d'eau et de bois de chauffage. Ce qui suffit juste à assurer ses besoins et ne lui permet pas d'accroître son bien-être, ou même d'entretenir sa famille.

M. Serge Sauneron, dans son *Histoire du Travail en Egypte*, cite le cas d'un petit employé d'un temple, qui, frappé d'un accident visuel pendant son travail, formule une requête pour que les médicaments nécessités par cet accident, soient payés par le temple ; il y voit « une certaine tendance des grandes institutions à protéger leurs employés contre les risques professionnels et leurs conséquences » et une forme d'assistance au sein du groupement familial et patronal.

Certaines « associations religieuses » constituent même en leur sein une sorte de « Mutuelle », pour couvrir les frais de maladie de leurs membres. Quant à la retraite, c'est une institution qui ne semble pas avoir été connue, les vieux travailleurs, restant en fait à la charge de leurs enfants.

(4) Paul Garelli, *op. cit.*, p. 96.

(5) Serge Sauneron, *L'Egypte, Histoire du Droit du travail*, pp. 139 et suivantes.

(6) Ce petit village, en face de Louksor abrita pendant près de 4 Siècles, les ouvriers et artistes qui creusèrent et décorèrent les tombes royales de la Vallée des Rois.

Cependant, l'absence de règles précises régissant les rapports du patron et de l'employé, souvent livré à la merci de son chef, ne doit pas faire oublier que la morale égyptienne semble avoir été foncièrement humanitaire, faite de bienveillance et de charité. Ce qui explique, peut-être, que l'esclavage y soit peu connu, bien qu'on considère son existence dans l'Égypte Ancienne comme un fait indiscutable. Tout cela reste imprécis, incertain ; les sources d'informations sur les conditions de travail et le sort des travailleurs manquent d'homogénéité et présentent un caractère trop indirect pour permettre au juriste de dégager des conclusions valables, sur trente siècles de vie humaine.

Retenons que le droit Égyptien de l'Ancien Empire, inspiré d'individualisme, connaît des individus qui travaillent autour de deux pôles attractifs, l'Etat et le Temple, lesquels regroupent toute l'activité du pays dans le cadre d'une économie agraire, restée stagnante et primitive à toutes les époques. Là, ils trouvent leur subsistance, mais peu de moyens d'améliorer leur sort, et de choisir leur état. Engagés par le Temple ou l'Etat, sur une base contractuelle, ils sont des hommes libres, au service des grands dignitaires, et reçoivent un salaire en « nature » comme rémunération de leur travail.

Tout autre est la situation en Grèce, surtout à l'époque archaïque, où l'apparition de la monnaie permet à l'ouvrier d'exiger un salaire au lieu du gîte et du couvert. Les rapports entre les hommes s'en trouvent bouleversés ; les différenciations sociales s'accroissent. L'antiquité grecque fourmille de documents divers sur le salaire des ouvriers. Ils indiquent que les travailleurs y sont payés à la journée ; la rémunération correspond au travail effectué ou à l'objet fourni. D'abord très faible (la valeur de 8 à 9 litres de blé), elle sera augmentée à l'époque classique pour atteindre 5 fois le minimum vital de l'époque (7).

Aussi, travailler n'est pas déshonorant : Dieux et Héros prêchent d'exemple. Apollon ne fut-il pas berger chez Halmète ? Ulysse est un roi relevant un défi, la faux et la charrue en mains. Crétois, Mycéniens, Achéens, tous aimaient le travail dont la loi paraissait, en fait, imposée aux Grecs par la nature aride d'un pays pauvre, aux ressources minimes, inexistantes, qui font dès l'aube, du peuple Hellène, un peuple d'artisans, de commerçants et de marins.

A l'époque classique, le travailleur libre peut s'élever au rang de citoyen. Pourtant s'il est esclave, suivant le mot d'Aristote, il est un « instrument animé », à l'égal de l'outil, la propriété de son maître qui peut disposer de lui discrétionnairement.

Avec le développement de la civilisation et l'accroissement des richesses, grâce à l'accumulation des pièces de monnaie, leur nombre ne cesse d'augmenter, mais sans atteindre des proportions telles que l'on puisse dire que le travailleur libre est remplacé massivement par l'esclave.

Ils ne sont d'ailleurs jamais assez nombreux pour menacer l'ordre social. Le monde grec a ignoré la guerre civile. De nombreux témoignages prouvent l'importance du mouvement d'émancipation pour des considé-

(7) Félix Bourriot — *La Grèce — Histoire du travail*, pp. 280 et suivantes.

rations humanitaires, principalement devant l'impossibilité pour les maîtres d'assurer la subsistance du travailleur.

Quel contraste, cependant, entre Athènes, où le travail est glorifié, et Sparte, où les citoyens sont soustraits à la loi du travail par l'attribution d'un lot de terre cultivé par des Hilotes. Aussi bien les penseurs et les philosophes sont influencés ; ils condamnent le travail, sous prétexte qu'il obscurcit l'esprit.

Platon rêve d'une République où le travail serait réservé aux êtres inférieurs surveillés par des gardiens, futurs soldats de demain.

Aristote demande que le citoyen puisse atteindre la vertu de l'âme en s'adonnant à la musique pendant ses loisirs.

Il est difficile devant cette philosophie, de songer à transformer les choses et une législation sociale ne peut se concevoir, les conditions étant dures, mais acceptables pour chacun.

A l'époque Hellénistique, en quinze années, Alexandre accomplit une véritable révolution. Suivant les conseils donnés par Xenophon, dans son livre sur les revenus, l'Etat se mue en employeur, en multipliant dans l'industrie les ateliers d'Etat.

L'afflux des trésors d'Orient, faisant suite à la conquête provoque une inflation des prix compensée par une hausse des salaires.

Le climat social s'assombrit, et l'agitation est surtout le fait d'une infime minorité, celle des salariés travaillant pour le compte des patrons. Afin d'y parer, les gouvernements désignent des magistrats pour arbitrer les différends entre employeurs et employés, ou faire respecter les clauses des contrats. Tout se résoud néanmoins à des conflits individuels.

A. — *Le pécule de l'esclave*

A Rome, on vérifie l'existence des mêmes institutions ; elles résultent d'une évolution sensiblement parallèle. Avant la naissance de l'Etat, la « gens » assure des moyens d'existence à ses membres, vivant en autarcie rurale et artisanale de ce qu'elle produit elle-même. L'organisation de la propriété dans le cadre familial explique l'absence d'exploitation du travail humain. Sous la République et même à la fin de celle-ci, la production garde son caractère d'économie fermée. Selon Plutarque, on voit divers corps de métiers qui se constituent en « Collegia » (Associations). Les gros capitalistes de l'époque, aussi paradoxal que cela paraisse, n'investissent pas leur fortune dans des établissements industriels : ils financent des affaires commerciales sur mer, des fermes d'impôts, ou prêtent leur argent à des taux usuraires, moyens plus rentables de faire fortune. Et pour que les revenus soient le plus élevés possible, le travail doit être le plus vil possible (8)..

Toute l'antiquité est dominée par ce refus de l'amélioration des techniques, qui a pour conséquence la persistance des structures artisanales, la faiblesse du nombre des ouvriers dans le monde Romain,

(8) Roger Remondou, *Le Monde Romain, Histoire générale du Travail*, pp. 259 et suivantes.

ainsi que l'acceptation de l'esclavage comme nécessité sociale et économique.

Cet esclave sur la scène juridique est un objet de droit. Caton l'Ancien, ne donne à l'esclave que « juste ce qu'il faut pour ne pas mourir de faim » : pas d'arrêt de travail, pas d'absences. Il faut obtenir de l'« outil humain » un rendement maximum. Il appartient au maître qui a sur lui la « dominica potestas », droit voisin de la propriété ; c'est une chose mobilière précieuse, une « res mancipi ». L'homme esclave met son corps, sa vie, son activité à la disposition d'autrui. Rares ont été les philosophes qui se sont posés la justification de l'esclavage. Socrate et Platon, ne figurent pas dans leur nombre.

Sous l'influence de la philosophie stoïcienne, le jurisconsulte Florentinus considère cet asservissement d'un homme à un autre homme « contra naturam » et pourtant toute la civilisation romaine repose sur une telle atteinte à la liberté, car les esclaves en fournissant la main-d'œuvre nécessaire à la vie économique, permettent aux citoyens de se dévouer à la chose publique.

Plus tard, le christianisme apporte un souffle d'humanisme qui permet de développer l'affranchissement. Parallèlement, une certaine capacité juridique est reconnue à l'esclave qui vit habituellement avec le Romain, dans une familiarité qui allège le poids de sa servitude, et son sens pratique lui enseigne rapidement qu'il faut intéresser cet homme à son travail, si on veut voir le rendement amélioré : cette promotion sociale trouve son expression dans la naissance de cette institution originale du pécule que le Jurisconsulte Tubero (D. 15.1.5. p. 4) définit du temps de Cicéron « ce que l'esclave, avec la permission de son maître, possède en comptes séparés de ceux de son maître, déduction faite des dettes dont il peut être tenu envers lui ». Voilà l'esclave apte à acquérir un patrimoine. Pourquoi ne pas voir dans le pécule, le prix de la rançon de la servitude, l'« ancêtre » du salaire moderne ? Une chose est certaine, les deux institutions ont coexisté : l'une est-elle à l'origine de l'autre ? Il est difficile de se prononcer. Un fait demeure et les distingue : le pécule continue d'appartenir au maître et ne devient pas un droit ; cette situation suffit à séparer, sur la scène du droit, l'esclave du travailleur libre : seul celui-ci « perçoit » un salaire. Concessions bénévoles du « maître », les « récompenses » allouées trouvent leur source dans un acte de volonté unilatérale. Cependant les sentiments « humanitaires » conférés au maître sont d'aspect idyllique. En réalité, comme celui-ci s'absente souvent de son domaine, il voit dans une « liberté » octroyée, des avantages certains, au profit des deux parties : l'affranchi espère l'encouragement de ses efforts avec, pour contrepartie juridique une moins grande dépendance à l'égard de son patron.

Cette libération de l'esclave trouve une limite dans les droits du patronat (jura patronatus) puisque l'affranchissement laisse subsister un lien entre l'affranchi et son ancien maître devenu son patron. Des devoirs réciproques existent entre eux. Celui-ci doit subvenir aux besoins de celui-là ; Cicéron rappelle que les vieux romains exercent sur les affranchis « une autorité qui n'était pas moindre que celles qu'ils avaient sur leurs esclaves ».

Après les guerres Puniques, l'éclatement du cadre familial comme centre d'activité économique restreint les droits du patronat au profit de l'affranchi ; ce dernier n'est plus tenu que de « l'obséquium », devoir d'un respect dévoué, l'obligeant à fournir des aliments à son ancien maître tombé dans le besoin, et de « l'operae », service qu'il doit rendre gratuitement et fixés par convention. Il jouit de la « bona », part de la succession devant lui revenir.

B. — *La mercès du droit romain*

Le nombre des affranchis et des esclaves ne doit cependant pas minimiser le rôle que jouent les hommes libres dans l'activité industrielle. Il est certain que des « mutations » sociales se sont produites d'un groupe à l'autre, au hasard des fortunes.

En outre, à certaines époques de grands travaux, notamment dans l'agriculture, la nécessité se fait sentir d'ouvriers salariés, pour compléter la main-d'œuvre servile.

L'instrument juridique des rapports entre patrons et salariés est la « locatio operarum ». Le travail de l'homme est considéré comme une chose ; il est alors normal que les Romains placent la fourniture des services sous l'égide du louage.

La « locatio conductio » est un contrat consensuel synallagmatique, parfait et de bonne foi, par lequel une personne promet à une autre moyennant une redevance ordinaire en argent, la prestation de ses services, la jouissance d'une chose ou l'exécution d'un ouvrage déterminé.

Dans la « locatio operarum », variété de la « locatio conductio », les choses qui font l'objet du contrat, ce sont les « opéræ », c'est-à-dire, les journées de travail de l'ouvrier libre. Les ouvriers qui louent leur travail, portent le nom de « locatores » (locant operas, ils se placent). Le « conductor » est le patron ; il embauche les ouvriers, les conduit sur le chantier et les paye.

La « locatio operarum » n'a jamais eu à Rome un bien grand développement, en raison de l'abondance du travail servile et de l'existence d'affranchis qui font également des « operæ » pour le maître (9).

En outre, elle est seulement admise pour certains travaux courants rétribués à la journée (quæstus illibérales et sordidi) qui ne supposent ni capacités, ni connaissances spéciales. En échange du travail, le conductor doit la mercès, mais seulement par journée de travail, les risques sont donc pour l'ouvrier, au moins en cas de maladie (voir les triptyques de Transylvanie — textes Girard p. 814) (10). Le louage a été à l'origine, un échange de prestations, une opération au comptant — par journée de travail. Ce n'est qu'avec les transformations économiques de l'époque de Caton l'Ancien (fin VI^e siècle), qu'il deviendra un échange de promesses, un véritable contrat consensuel faisant naître des obligations « solo

(9) Dig. 38.II. voir Cuq, *Manuel*, p. 487 cité par A. E. Giffard et R. Villers. *Les obligations en Droit Romain et dans l'ancien droit français*, p. 77.

(10) A. E. Giffard et R. Villers, *op. cit.*

consensu ». Quels sont les caractères de la mercès ? Est-elle sérieuse et « certa » comme dans la vente ? Il semble que la notion de juste salaire n'ait pas cours à Rome, en raison du concept du travail marchandise qui prévaut ; la loi de l'offre et de la demande doit en fixer le « juste » quantum, selon Aristote. En fait, c'est le locator qui décide le plus souvent de ce qui est juste ou non.

SECTION II

LA NATURE DU SALAIRE DU DROIT ROMAIN AU CODE CIVIL

La décadence de l'empire romain et l'avènement du christianisme entraînent un renversement des structures sociales. Le mépris pour le travail manuel doit s'atténuer devant la parole de Paul : « Que chacun travaille de ses mains pour subvenir à ses besoins et donner à ceux qui n'en n'ont pas assez ». Mais cette valorisation se fait au profit de l'Empereur qui, pour s'assurer le personnel nécessaire à chaque branche d'activité, attache les ouvriers à leur métier, notamment dans les ateliers monétaires. Les industries privées, de leur côté, sont toutes organisées en corporations surveillées et réglementées par l'Etat. Ce phénomène se retrouve dans l'agriculture où le « colon » apparaît comme « l'esclave de la terre ». Loin d'effacer les inégalités, la contrainte de l'Etat engendre la tyrannie et consacre la création de classes héréditaires et hiérarchisées.

Cette structure sociale amène la disparition de l'esclavage, mais aussi le déclin de la civilisation urbaine, industrielle ou commerciale ; celle-ci fait place à une économie essentiellement rurale qui transforme les derniers ouvriers libres en serfs du Haut Moyen-Age.

A l'idéal d'indépendance succède celui de protection. Les relations de « protégé à protecteur » prennent un caractère personnel et extra juridique ; le travail est un service non rémunéré qui s'appelle la « corvée », le salaire, un don gratuit, devenant « coutume » puisque régulier et habituel. Le nouveau servage de l'homme apparaît ainsi comme un esclavage humanisé par le christianisme.

A. — Le salaire « statutaire » dans le cadre de la corporation

Il faut attendre le réveil des bourgs, près de 9 siècles plus tard, pour voir apparaître un prolétariat libre. A cette époque seulement, la société féodale offre un renouveau d'intérêt pour notre étude du salaire avec le développement des corporations, puis leur explosion devant leur transformation en groupement de caractère conservateur. Cet éclatement explique la naissance et l'extension du compagnonnage, véritable association de défense des ouvriers et « société de secours mutuels ».

Ces corporations sont le témoignage de la connaissance et de la pratique, très tôt au moyen-âge, du louage de services du droit romain.

Le salaire est fixé, non par le contrat corporatif, mais par les parties qui conviennent librement de leurs conditions respectives. Défense est cependant faite aux patrons, par les règlements ou les édits royaux, de payer des sommes en dehors de celles afférentes au travail convenu. Certes, les salaires paraissent librement débattus ; en réalité, cependant, la coutume fixe des taux, afin « que nul ne puisse donner à ouvrier, nul paiement que leurs journées propres ». Fréquemment, le compagnon est nourri par le maître et cet usage lui assure l'existence ; il y a entre eux une communauté d'entreprise de caractère familial, qui n'a rien de comparable à l'entreprise moderne. Au début, le partage du prix de travail se fait entre eux, suivant les règles et usages indiqués par les statuts professionnels ; c'est une véritable association d'intérêts, qui ne rappelle en rien la *locatio operæ*. Parfois, l'ouvrier est payé aux pièces, mais la qualité du travail en souffre. Donc, si l'apprenti ne reçoit pas de rémunération, les relations entre maîtres et compagnons reposent sur une base avant tout statutaire et professionnelle (11). La corporation qui les regroupe tous, joue un rôle non négligeable, grâce à sa caisse appelée « boîte » ou « aumône » servant à venir en aide aux orphelins et aux vieux ouvriers.

Certains règlements corporatifs obligent même le maître à faire soigner à ses frais les compagnons malades ou victimes d'accidents.

L'apparition de cette solidarité au sein du groupement professionnel coïncide avec l'extension du travail libre.

Dans le Bas-Empire et le régime féodal primitif, la cellule économique autonome est réduite et se concentre autour de la « villa » du propriétaire foncier, puis de la demeure fortifiée du seigneur. L'extension des bourgs pose un problème aux citadins : la subsistance de l'ouvrier dépend avant tout de son travail personnel qui est sa seule valeur d'échange ; s'il ne fournit pas de travail, son sort est irrémédiablement compromis ; l'entr'aide inéluctablement doit apparaître.

Mais toutes les institutions comportent en elles un germe de transformation. Les corporations n'échappent pas à ce phénomène, accentué par l'influence grandissante du pouvoir royal, qui voit en elles des « corps », émanation de la puissance « publique » et monarchique.

Elles changent de caractère, prennent un contenu autoritaire et oligarchique, orienté au profit des maîtres, au détriment des compagnons ; ceux-ci durent se défendre contre les réductions de salaire ; l'éclosion des compagnonnages en résulte.

Le fossé se creuse entre maîtres et compagnons. Peu à peu le compagnon tend à devenir un simple salarié percevant un salaire fixe établi par l'usage local. Le salariat fait son apparition. Il ne cesse de se développer grâce aux manufactures royales de Colbert, puis aux manufactures privées qui accélèrent la décadence de l'artisanat. Les enquêtes prouvent que le salaire suit l'offre et la demande. Dans un mémoire à l'Académie de Châlons de 1777, on cite que l'alimentation absorbe plus des 2/3 des dépenses totales du budget ouvrier (12). Le salarié vit

(11) Brun et Galland, *Droit du Travail*, 1-7, p. 19.

(12) Gille, *op. cit.*, p. 40.

au jour le jour n'ayant ni épargne ni réserves. Les compagnons, pour qui l'accès à la maîtrise se ferme de plus en plus, rejoignent les ouvriers de l'industrie dans l'état précaire des salariés insuffisamment garantis contre le chômage et les crises.

Un seul remède se présente : l'entr'aide mutuelle et l'assistance, héritière de la bienfaisance. La notion de lésion dans le contrat de louage de services n'est jamais abordée, bien qu'elle soit admise dans la vente, sous l'influence des canonistes qui, pour des considérations morales, sont fort attachés à l'idée d'équilibre des valeurs dans les contrats synallagmatiques et commutatifs.

Albert le Grand et St Thomas d'Aquin, le « Docteur angélique », rejettent l'adage que « toute chose vaut la somme dont on la paie ». Mais pour les moralistes et les théologiens, la thèse du juste prix est celle dictée par la morale et la religion. L'échec des corporations en tant que groupements d'entr'aide, la naissance de la grande industrie vont mettre en évidence combien l'opposition qui sépare désormais l'ouvrier du patron, n'est ni spirituelle ni sentimentale, mais d'ordre matériel ; le déséquilibre de leurs conditions économiques ne peut jamais avoir pour expression l'équivalence des prestations échangées.

B. — *La conception atomiste et contractualiste du Code Civil*

Les rédacteurs du Code Civil ont implicitement adopté la notion de salaire, issue du concept, si funeste, de travail-marchandise. Comment expliquer ce retour à la tradition romaine ? Deux facteurs sont déterminants : la position des penseurs et doctrinaires du XVIII^e siècle et la faiblesse numérique de la classe ouvrière à la fin de l'ancien régime.

a) *Les facteurs d'élaboration*

Selon les économistes d'abord, l'homme est un facteur de production, le travail une marchandise comme les autres (13). L'homme est conçu comme un être abstrait. L'école physiocratique part d'une conception naturaliste de l'homme ; les hommes ont des droits et des devoirs naturels réciproques d'une nécessité absolue : les droits sont la propriété et la liberté.

Dans la conception des physiocrates, ces deux termes sont inséparables l'un de l'autre ; la première de toutes les libertés et le fondement de toutes les autres, est le droit de propriété privé. Le travail reste subordonné à la notion de la propriété.

Les philosophes eux-mêmes ne se séparent en rien des théoriciens du monde économique. Leurs idées sont plus imbuës de liberté que d'égalité, la liberté qu'ils envisagent est une liberté politique. L'individu doit être libéré de toutes les contraintes que l'Etat fait peser sur lui ; le

(13) Pierre Lavigne, *Le Travail dans les Constitutions Françaises*, p. 73.

souvenir des contraintes juridiques et économiques des corporations reste vivant dans tous les esprits.

Seul, peut-être, Montesquieu se montre attentif aux faits sociaux ; l'intérêt qu'il apporte aux questions du travail en fait un précurseur de la « science sociale ». Il rejette les abstractions pour examiner de plus près la « réalité sociale ». Dans son ouvrage célèbre, l'« Esprit des Lois », il lance une formule audacieuse pour l'époque : « L'Etat doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable et un genre de vie qui ne soit pas contraire à la santé » (Livre 23. Chap. 29). Au cours de la Révolution, ces préoccupations ne sont pas essentielles, les masses étant orientées particulièrement vers les problèmes politiques ; on retient surtout de l'« Esprit des Lois » la théorie de la liberté politique.

Ces idées trouvent un terrain favorable auprès du monde ouvrier naissant, qui désire le rétablissement de la liberté du travail, et en espère son émancipation. Cette doctrine doit trouver sa consécration au cours de la Révolution. Dans son rapport à l'Assemblée le 15-2-1791, d'Allarde déclare : « La faculté de travailler est un des premiers droits de l'homme » ; il ajoute, parlant des Corporations : « Il vous reste à effacer les derniers vestiges de la servitude ». La loi du 17-3-1791 qui devait porter son nom sous l'intitulé de : « Décret d'Allarde » instaure le régime de la liberté individuelle du travail. La loi Le Chapelier abolissant les corporations intervient. Pierre Lavigne, dans son ouvrage sur « les bases constitutionnelles du Droit du Travail », voit avec juste raison dans cette loi une loi de méfiance contre les ouvriers ; l'esprit bourgeois se manifeste déjà dans la façon d'envisager le travail comme un moyen mécanique de production et toujours du point de vue de l'entrepreneur. Dans son exposé, Le Chapelier précise : « c'est aux conventions libres d'individu à individu, à fixer la journée pour chaque ouvrier (14) sans examiner ce que doit être « raisonnablement » la journée de travail... ».

Les compagnons parisiens ne réagissent pas (15) ; une seule question les préoccupe : les salaires et le problème des subsistances. Ce souci se retrouve dans les cahiers de doléances remis aux Délégués des Etats Généraux ; l'écho s'en fait entendre dans les Assemblées. Dans le numéro du 17-9-1790 du *Moniteur* des considérations judicieuses s'y trouvent : « Un homme court la chance de mourir de faim, lorsqu'il manque d'ouvrage ». Certains principes sont affirmés : « la nation doit le nécessaire à l'homme qui manque de tout ». L'auteur du mémoire, L. Régnier, propose de calculer ce salaire sur les prix des denrées. C'est la théorie du salaire vital et de l'échelle mobile, affirmée avant sa réalisation (16) et l'annonce du caractère alimentaire du salaire. En Angleterre, à la même époque, si le salaire du chef de famille s'avère insuffisant, une allocation doit le compléter grâce à un prélèvement dans chaque paroisse

(14) P. Gilles, *op. cit.*, pp. 5 et suivantes.

(15) G. M. Jaffe, *le mouvement ouvrier à Paris*, pp. 159 et suivantes.

(16) P. Gille, *Le Salariat*, pp. 45 et suivantes, *op. cit.*

sur l' « impôt des pauvres » (Poor Law) en vue d'assurer « un minimum vital » aux indigents.

Ce courant d'idées se retrouve dans la pensée Jacobine, recherchant plus l'égalité que la liberté ; elle s'oppose aux doctrines individualistes. Robespierre tente dans la Constitution de 1793, d'introduire l'idée de redistribution des revenus. « La société est obligée de pourvoir à la subsistance de tous ses membres, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler (art. 18). Les secours indispensables à celui qui manque du nécessaire, sont une dette de celui qui possède le superflu » (Art. 19).

Cette pensée est trop audacieuse ; sa réalisation sur le plan des textes comme sur le plan des faits devait avorter. La Constitution se contente de poser la règle du droit à l'assistance : « Les secours publics sont une dette sacrée de la société ». On est persuadé qu'il suffit de délivrer les salariés de la contrainte corporative, pour les rendre libres et égaux à leurs employeurs. Pourquoi concevoir que l'ouvrier isolé puisse se heurter au chômage ou à une dure « Loi d'airin » ?

b) *Le salaire, prix du travail-marchandise et la justice commutative.*

Le Code Civil et toute la législation du Consulat et de l'Empire s'inspirent des principes individualistes de la Révolution, en vue (selon la pensée mercantiliste) de réaliser la puissance de l'Etat par la prospérité du commerce et de l'industrie. La théorie de l'autonomie de la volonté, élaborée par Pothier et Daumas, marque le désir de laisser à la volonté, la création des droits et obligations. Il appartient aux seuls intéressés d'aménager comme ils l'entendent leurs rapports juridiques ; le contrat doit infailliblement conduire à une harmonie juridique. Le dogme de l'autonomie de la volonté, cette croyance aveugle au pouvoir magique des contrats, imprègne le code de 1804.

Les rédacteurs du Code Civil se sont peu préoccupés du contrat de travail qui intéresse aujourd'hui la majorité des membres de la nation. Ils ne lui consacrent que deux textes squelettiques, les articles 1780 et 1781 dans la section intitulée : « Le louage des domestiques et des ouvriers ». Le contrat de travail rentre sur la scène juridique sous les apparences d'un autre contrat : le louage. L'affirmation de Léon Duguit que « les auteurs du Code Civil de 1804, n'ont pas vu plus loin que Gaius au second siècle de l'ère chrétienne » apparaît aujourd'hui singulièrement exacte (17).

Le salaire est la contre-partie due par l'employeur pour le travail accompli par le salarié. L'obligation de l'employeur a donc sa cause dans l'accomplissement du travail (18). Le paiement du salaire traduit dans l'ordre juridique la règle de justice selon laquelle toute personne qui fournit un travail a droit à une rémunération.

Dans cette conception, le contrat de travail est la source des obligations imposées à l'employeur de payer un salaire. Le synallagmatisme

(17) Léon Duguit, *Traité de droit Constitutionnel*. Tome V, p. 154.

(18) Durand et Vitu, *Traité de Droit du Travail*, Tome II, pp. 599 et suivantes.

découle de ce lien de connexité ; la dépendance du salaire de la prestation de travail. Les deux obligations sont interdépendantes ; l'exécution du travail décharge normalement le chef d'entreprise de l'obligation de payer un salaire. Ceci entraîne deux conséquences sur le plan juridique :

1) La valeur du salaire est indépendante de la prospérité de l'entreprise ; le contrat de travail est dépourvu de tout caractère aléatoire. Le travailleur ne supporte pas les risques de l'entreprise : le salaire a un caractère forfaitaire.

2) Le caractère contractuel du salaire lui imprime une fin rémunératoire. Le salaire est la rémunération de la force de travail. Cette idée est admise par la doctrine italienne qui l'explique ainsi : l'obligation de payer le salarié a un caractère onéreux pour l'employeur ; le motif qui pousse le travailleur à contracter, ainsi que l'affectation donnée au salaire, doivent rester sans influence sur la nature de la créance. A l'origine, la doctrine allemande est également marquée en ce sens : le salaire s'analyse pour l'employeur comme la traduction d'une obligation contractuelle.

Cette notion du salaire contractualiste et individualiste est purement économique. Selon les économistes, les juristes et les philosophes, la liberté ne peut qu'engendrer le bien et réaliser la justice contractuelle.

Est-il exact de prétendre que la liberté contractuelle entraîne nécessairement des solutions justes ? Les contractants sont-ils toujours sur un pied d'égalité absolue ? La réalité apparaît tout autre, surtout avec l'avènement de la grande industrie et du machinisme.

Certes, dans le cadre artisanal, la situation du compagnon diffère peu de celle du maître. Déjà les luttes ouvertes qui se déroulèrent au Moyen-Age, marquent cette inégalité juridique et économique des parties au contrat de travail. Mais dans l'usine naissante, l'ouvrier apparaît bien faible, face à la puissance du patron, propriétaire des moyens de production. La réalité révèle le prolétaire avec son unique force de travail à louer ; le contrat de gré à gré voulu par les philosophes et juristes semble plutôt un « contrat d'adhésion », offert par le fort au faible, sans que celui-ci puisse le plus souvent le discuter.

Il y a seulement liberté des salaires, au sens juridique du mot « liberté », lorsque les parties contractantes ne sont pas tenues juridiquement d'adopter tel salaire plutôt que tel autre. Cette liberté juridique repose sur une institution juridique : le contrat de travail. Sur le plan concret, mais individuel il s'agit d'une négociation entre deux parties, deux individus, qui discutent sur le montant de la rémunération à laquelle l'exécution d'un certain travail, pendant un certain temps, donnera droit.

Les économistes libéraux prenant pour point de départ cette négociation individuelle du contrat de travail affirment que, dans de telles conditions, ce contrat doit nécessairement se conclure à l'avantage commun des deux parties ; ils défendent cette idée : si l'une des deux parties était lésée, elle ne maintiendrait pas le contrat ; le seul fait qu'il ait été conclu prouve que les deux parties en tirent avantage ; dans une

telle situation, les parties sont en réalité, sur un pied d'égalité, aucune des deux n'étant juridiquement tenue de conclure.

Du point de vue économique, la même égalité règne entre les deux parties, l'une ayant besoin de l'autre : le salarié compte sur son salaire pour vivre, et le patron ne peut faire fonctionner son entreprise qu'en embauchant des salariés.

Les deux parties se trouvent donc dans une situation analogue à celle existant dans un contrat d'achat et de vente de marchandises. Le salaire se fixe finalement à leur avantage réciproque. Que penser d'une telle analyse ? Formellement, sur un plan abstrait et juridique, le salarié qui cherche un emploi est tout aussi libre de ne pas conclure que l'employeur, au cas où le contrat qu'on lui offre prévoit des conditions de rémunération qu'il juge insuffisantes.

Mais si l'on prend en considération les conditions sociales réelles dans lesquelles le contrat de travail se négocie, on s'aperçoit que la situation du salarié est fondamentalement différente de la situation de l'employeur.

En général, le salarié qui cherche un emploi ne peut se permettre d'attendre pour conclure, même si on lui offre un salaire qu'il juge insuffisant, alors que l'employeur peut fort bien remettre la date à laquelle il signera le contrat de travail. Le salarié a sa seule force de travail pour subsister ; il est poussé à conclure le plus vite possible un contrat de travail, même désavantageux, qui lui offrira un revenu supérieur à celui qui lui est alloué sous forme d'allocations de chômage.

Cette différence de situation de fait entre le salarié et le patron entraîne une différence fondamentale dans le pouvoir de discussion des deux parties.

L'examen de ce pouvoir de discussion révèle qu'entre le salarié individuel et un patron individuel, la force prédominante se trouve du côté de l'employeur, tandis que la force de négociation du salarié est beaucoup plus faible. Ceci marque la confusion qui règne chez beaucoup de juristes et la plupart des économistes entre une notion purement formelle de la liberté considérée comme liberté juridique, et la liberté réelle ; celle-ci est constituée précisément par l'ensemble des pouvoirs, dont disposent les individus et non pas simplement par le droit abstrait qui leur est reconnu de conclure ou de ne pas conclure un contrat, ou d'en déterminer le contenu.

On ne peut comparer le contrat de louage de services à un contrat quelconque, tel que le contrat de vente de marchandises : le marchand qui ne vend pas aujourd'hui conserve son produit et pourra le vendre demain ; en revanche, le travailleur qui ne conclut pas aujourd'hui un contrat de travail perd purement et simplement le salaire possible de cette journée de travail ; les journées de travail ne se stockent pas comme les marchandises.

En outre, si l'ouvrier vient à perdre sa force de travail ou si celle-ci subit des atteintes, comme toute chose qui dépérit ou meurt, le salaire, prix de cette force de travail considérée comme une marchandise subit des fluctuations parallèles.

Le salaire du prolétaire, déjà « imposé » par l'employeur et non

librement débattu, se trouve singulièrement réduit ou disparaît tout à fait. Il en est de même si l'offre de l'ouvrier ne trouve pas preneur, notamment en cas de chômage.

Un tel système qui proclame la liberté de l'individu, l'asservit et fait, selon la pensée de Saint-Simon, « du salarié, l'héritier du serf, lui-même successeur de l'esclave ».

CHAPITRE II

LE BOULEVERSEMENT DU CONCEPT CLASSIQUE PAR LA LEGISLATION SOCIALE

Cet isolement du salarié, résultat du libéralisme économique et de l'individualisme du Code Civil, devait entraîner de profonds remous et attirer l'attention de tous les penseurs sur une autre idée essentielle : la force de travail n'est pas une simple marchandise émanant d'un être humain ; elle est partie intégrante de celui qui la fournit, un élément de la personne humaine, et à ce titre, elle ne peut faire l'objet du commerce juridique traditionnel.

Certes, l'infériorité résultant pour le travailleur de certaines dispositions légales, est nettement atténuée ; la révolution a déjà aboli les servitudes perpétuelles mêmes volontaires.

Dans cet esprit, l'art. 1780 du Code Civil conserve le principe du louage de services. La loi du 22 Germinal An XI fixe un maximum d'un an à l'engagement d'un ouvrier (19). Disparaît aussi en 1868 l'obligation pour l'ouvrier de prouver, en lieu et place de son patron, le bien-fondé de ses réclamations. Cependant, l'inégalité des bases de discussion entre l'ouvrier et le patron subsiste. Le rôle oppressif du capital est dénoncé par Ruskin qui énonce son principe : « A man who works should be paid à fair value of his work » (20). « Il faut payer le travail sa valeur loyale ». La notion de juste salaire, qui doit enlever au contrat de travail le caractère léonin qu'il conserve aux yeux de certains, est concrètement formulée (21). Ce courant de pensée est, au XIX^e siècle, un des ferments des théories socialistes ; celles-ci s'attaquent au principe juridique selon lequel l'ouvrier ne peut recevoir que le prix de son travail. Proudhon demande un système réglementant les salaires (Organisation de crédit et de la circulation, 1848).

De Saint-Simon à Fourier, de Sismondi à Louis Blanc, les solutions envisagées ne modifient pas la nature juridique du salaire ; une meilleure organisation de l'Etat est toutefois souhaitée pour atténuer l'inégalité existante. Tous désirent que chacun reçoive selon « sa fonction et selon sa condition dans sa fonction ». Chaque individu doit être rétribué selon les résultats qu'il fournit.

Marx approfondit l'analyse du salaire. Dans son ouvrage *le Capital*,

(19) P. Gille, *op. cit.*, p. 55.

(20) The Crown of Wild Olive, par. 31.

(21) P. Gille, *op. cit.*, p. 68.

il bâtit une nouvelle théorie économique qui se présente comme une critique de la technique juridique issue du Code Civil : le travail de l'homme est la force unique qui crée les valeurs, et la valeur des marchandises se mesure à la quantité de travail humain qu'elle contient. Cette idée est reprise sous une forme différente par la Doctrine Catholique et définie par les deux encycliques *Rerum Novarum* (15 mai 1891) et *Quadragesimo Anno* (15 mai 1931) dont le retentissement est considérable. Elle pose la règle : « Le travail manuel est la source unique dont provient la « richesse des nations ». Pie XI s'élève cependant à la fois contre les prétentions du capital à s'arroger des avantages excessifs, et contre celles des travailleurs à consommer tout le produit du travail ; il veut relever la condition du prolétaire par un « juste salaire » assurant la subsistance de l'ouvrier et de sa famille.

L'encyclique de Léon XIII « admet la légitimité du salariat, mais s'attache à la régler selon les normes de la justice » ; ce pape propose de tempérer le contrat de travail par des éléments empruntés au contrat de Société, en appelant « les ouvriers et employés à participer en quelque manière à la propriété de l'entreprise, à sa gestion et au profit réel apporté ».

La créance du salarié est donc liée au profit de l'entreprise, dont il est partie prenante ; la situation de l'ouvrier ne peut qu'en être améliorée. Ses salaires doivent être fixés sur une base de justice, tenant compte des nécessités de vie individuelle et familiale.

Albert de Mun, autre catholique inquiet et soucieux de résoudre la question sociale, déclare : « Le travail n'est plus envisagé qu'en lui-même, indépendamment de celui qui le produit, par conséquent, au seul point de vue de sa valeur marchande ».

La Tour du Pin constate qu'en ce qui concerne le salaire, le salariat ne repose que « sur un contrat momentané entre employeur et employés, dotés d'intérêts purement antagonistes et animés de sentiments correspondants ».

Il réclame une participation aux bénéfices et voit dans l'entreprise « une sorte d'association capital-travail » (22).

Le catholicisme social témoigne du même souci au XIX^e siècle que le christianisme naissant qui s'efforçait d'améliorer la condition de l'esclave et du serf. Beaucoup de juristes éprouvent une grande satisfaction à croire que cette force chrétienne va s'exercer sur cette législation et qu'ainsi, elle pourra tout à la fois rester attachée à la morale traditionnelle et s'inspirer d'une conception nouvelle des rapports sociaux (23).

En fait, les Souverains Pontifes ont affirmé la légitimité du salariat. De même que le Christianisme ne voulut pas dans les temps anciens bouleverser l'ordre romain établi sur l'esclavage, de même il ne peut songer aujourd'hui à condamner le salariat.

Cependant, les juristes justifient l'organisation actuelle et placent sa légitimité dans le passé. Le caractère critiquable de la forme de la

(22) La Tour du Pin, *Vers un ordre social chrétien*, Paris, Beauchesne, 1942, p. 131.

(23) G. Ripert, *Les Forces créatrices du droit*, pp. 163 et suivantes.

Société Française de 1804 procède d'une véritable révolution industrielle qui s'est produite au XIX^e siècle. Une nouvelle classe fait son apparition, celle des travailleurs obligés de se placer au service d'autrui, dans une condition de dépendance que les lois civiles ne pouvaient prévoir (24). On a parlé de « l'esclavage industriel », le contrat de travail restant un contrat lésionnaire, dépourvu de toute justice.

Ainsi, les institutions juridiques du Code Civil, héritières de la tradition romaine, pouvaient seulement concevoir le salaire comme la contre-partie juridique de la prestation de travail fournie par le salarié ; les juristes restent fermement attachés à cet ordre juridique qualifié par certains d'ordre juridique « bourgeois ». Est-il possible d'améliorer, sans toucher aux techniques juridiques traditionnelles, les relations contractuelles entre les employeurs et les salariés ? Certes, le Code Civil, en ne réglementant pas le louage de services, voulait détruire « l'antique asservissement du régime corporatif » ; il n'a cependant accordé à l'ouvrier qu'une liberté formelle, attaquée plus tard par les juristes dans le dogme de l'autonomie de la volonté : « Il est faux de prétendre que la liberté contractuelle entraîne nécessairement des solutions justes » (25).

Ils comprennent le sens de l'éloquente parole de Lacordaire : « Entre le faible et le fort, entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui tue, c'est la loi qui affranchit » (26).

Dès lors, l'intervention de l'Etat dans le contrat de travail entraîne un bouleversement du concept traditionnel du salaire. Cette intervention se manifeste sur le plan d'une législation conçue uniquement en faveur de la classe nouvelle des prolétaires : la législation ouvrière étend ses ramifications dans deux directions, qui, bien que paraissant opposées, convergent vers le même but : rétablir la justice contractuelle dans les obligations des parties, nées du contrat de travail.

A. — LA NAISSANCE DU DROIT DU TRAVAIL

Les premiers efforts des pouvoirs publics sont dirigés vers la protection du salarié, dans ses rapports individuels avec le chef d'entreprise. Cet interventionnisme étatique est la résultante d'actions d'origines diverses, bien que convergentes.

La doctrine, tout d'abord, rejette l'individualisme et réclame la tutelle de l'Etat en faveur des salariés. Plusieurs thèses apparurent alors :

— Celle de Léon Bourgeois qui voit une interdépendance unissant tous les membres de la nation, et élabore sa théorie du quasi-contrat existant entre les salariés et leurs employeurs ; cette thèse est juridiquement fautive, car la notion de quasi-contrat social n'est qu'un mythe mais qui exerce une certaine influence (27).

(24) G. Ripert, *Les forces créatrices du Droit*, p. 260.

(25) Brun et Galland, *Droit du Travail*, p. 31.

(26) Brun et Galland, *Traité de Droit du Travail*, p. 31.

(27) Brun et Galland, *Droit du travail*, I. 28, p. 41.

— Plus importante est la doctrine des chrétiens sociaux qui demandent une participation des salariés à la gestion et au profit de l'entreprise.

A côté de ces thèses, on peut considérer également l'influence syndicale et politique comme un facteur déterminant de l'éclosion du droit du travail.

Le droit du travail, en marge du Code Civil et en réaction contre ce dernier, élabore ses propres règles, tout en conservant les composantes essentielles du contrat de louage de services. Mais le contenu de ces composantes se trouve complètement bouleversé : le régime ancien remettait la fixation du salaire à l'accord des parties, apprécié comme la rémunération exacte du travail fourni par chaque salarié. Désormais, une « socialisation » du salaire se fait jour, elle apparaît dans la multiplication des formes des accessoires de celui-ci. Sur le plan juridique, ces accessoires présentent ce caractère d'être tantôt alloués en contre-partie du travail, tantôt sans contre-partie de prestation ; leur finalité est de corriger le caractère rigide, forfaitaire et injuste du calcul de la rémunération du travail en fonction du travail fourni. Ces accessoires, dans la terminologie juridique, ne constituent pas un salaire, car ce dernier est en corrélation étroite avec le travail qui est sa cause juridique. Aussi les considère-t-on seulement comme des avantages annexes, remis tantôt par l'employeur, tantôt par des tiers, et prenant ainsi des appellations diverses. Les uns se caractérisent par leur constance et leur certitude et se rapprochent du salaire proprement dit. Les autres constituent des éléments variables et aléatoires. L'imprécision de la terminologie témoigne de la difficulté de dégager un concept précis, aux contours bien délimités. On oppose ainsi les rémunérations aux libéralités, les indemnités réparties à celles de participations au profit.

La loi du 7-12-1909 (art. 43.L.I. du Code du Travail), à l'exemple de certaines législations étrangères, impose l'obligation du paiement du salaire en monnaie métallique ou fiduciaire ayant cours légal et non en marchandises ; il arrive cependant que, comme complément du salaire en argent, le contrat prévoit des avantages en nature accessoires : octroi de combustibles aux ouvriers mineurs, fourniture de la nourriture et du logement aux domestiques et ouvriers agricoles, et également aux employés des établissements qui font commerce de vendre des denrées consommables.

Un tiers verse au salarié, une somme d'argent parfois à titre volontaire et facultatif, parfois même à titre obligatoire : c'est le pourboire qui soulève de nombreuses hésitations en doctrine et en jurisprudence quant à sa nature juridique, car il a un caractère exorbitant du droit commun.

Il représente bien toutefois une rémunération indirecte supplémentaire qui bouleverse le donné traditionnel du contrat de louage de services. La loi du 19-7-1933 (art. 42 a Livre I C.T.), et plus tard la loi du 2-4-1937 instituent une réglementation légale du pourboire comme supplément du salaire fixe.

A ces gratifications versées par un tiers, s'ajoutent des gratifications versées directement par l'employeur ; il s'agit de pures libéralités consenties par ce dernier sous forme d'étrennes ou de primes de fin d'années. A l'origine, le droit du travail, avec l'appui de la jurisprudence, leur

confère un caractère obligatoire. Cela ne suffit-il pas à mettre en évidence l'abandon de cette conception selon laquelle le travail est : « le fait condition du salaire » comme le décidait Georges Scelle ?

Le même phénomène d'extension de la notion de rémunération apparaît avec les primes de rendement ou autres, simples variantes du salaire aux pièces, qui représentent des avantages destinés à encourager ou à récompenser, telles les primes d'ancienneté, d'assiduité ou de technicité. Certes si les unes correspondent à un surplus de travail, il est cependant difficile pour d'autres de trouver leur cause première dans l'accomplissement d'un travail. En outre, elles introduisent un caractère de variabilité dans la rémunération traditionnelle qui est fixée forfaitairement en fonction du travail réalisé.

Le bouleversement de la conception traditionnelle du salaire trouve une autre forme d'expression avec le droit aux congés payés reconnu tardivement en France, alors que cette institution était en vigueur en Autriche depuis 1910. La loi du 20-10-1936, aboutissement du mouvement social de 1936, consacre le droit au repos annuel avec garantie du paiement du salaire, bien qu'il n'y ait pas, durant la période de congés, accomplissement de la prestation de travail.

Enfin, une forme d'extension de la notion de rémunération se vérifie avec les clauses associant le salarié à la prospérité de l'entreprise. Toute une école sociale, depuis les encycliques des Papes Pie XI & Léon XIII, en favorise le développement. Le caractère aléatoire de ces versements, dont la réalisation et la consistance ne dépendent pas seulement de l'activité du salarié, mais d'une suite de facteurs étrangers à son propre travail : conjoncture économique, direction judicieuse ou non de l'entreprise, n'apparaît-il pas contraire au caractère forfaitaire reconnu classiquement au salaire ?

Pourtant tous ces avantages accessoires font partie intégrante du patrimoine du salarié ; ils s'ajoutent aux revenus de celui-ci. Certes, leur nature juridique rémunératoire ne semble pas mise en cause ; il n'en est toutefois plus de même pour les substituts du salaire qui apparaissent avec le développement de la législation sociale.

B. — L'AVÈNEMENT DES ASSURANCES SOCIALES ET L'IDÉE DE SÉCURITÉ SOCIALE.

Selon les rédacteurs du Code Civil, la rémunération est la contrepartie juridique du travail. Lorsque la maladie, le chômage, la vieillesse interrompent l'activité professionnelle, le salarié voit ses moyens d'existence réduits à néant. Le Code Civil prévoit bien l'obligation alimentaire réciproque au sein du groupement familial chargé d'assurer la subsistance de ceux de ses membres se trouvant momentanément dans le besoin. Une telle conception ne peut cependant se concevoir que si la famille forme encore une base économique. La prolétarisation générale, conséquence de l'industrialisation met celle-ci dans l'impossibilité matérielle d'accomplir sa mission. N'ayant que son salaire quotidien pour vivre, l'ouvrier se trouve désarmé en face de la maladie et de la vieillesse.

Certes, Robespierre avait, avec hardiesse, proposé le 24-4-1793, dans son projet de Déclaration des Droits, que la société pourvut « à la subsistance de tous ses membres, soit en leur procurant du travail, soit en assurant des moyens d'existence à ceux qui sont hors d'état de travailler ; Les secours nécessaires à l'indigence, sont une dette du riche envers le pauvre ».

La Constitution du 24-6-1793 ne devait promettre qu'une « charité légale » aux indigents : « la société doit la subsistance aux citoyens malheureux ». Sous l'influence du socialisme juridique né en Grande-Bretagne et de l'école solidariste de Léon Bourgeois, nous assistons au cours du XIX^e siècle au développement des techniques de l'assurance sociale. Elles trouvent d'abord en Allemagne un terrain d'élection grâce à l'école du socialisme d'Etat, qui demande « l'intervention de l'Etat, en vue de relever les classes inférieures laborieuses aux frais des classes supérieures possédantes » ; c'est pour la première fois l'expression d'une redistribution des revenus. La politique des assurances sociales tend à assurer la garantie du salaire en cas de maladie, invalidité ou décès, aux ouvriers d'abord, aux employés ensuite. Par l'intermédiaire des institutions d'assurance, les salariés doivent percevoir des revenus de remplacement, lors de la perte de tout ou partie du salaire en cas de maladie, vieillesse ou invalidité. Ainsi, le travailleur se voit reconnaître le droit à une prestation de substitution dans toutes les situations où le travailleur salarié perd son salaire pour des causes indépendantes de sa volonté.

Certes, on ne peut oublier que les institutions d'assurance ont pour but de protéger l'individu contre les risques sociaux ; leur objet vise cependant à travers des techniques diverses, à assurer la sécurité des revenus provenant du travail.

Le développement et l'extension des assurances sociales, la naissance de la Sécurité sociale, transforment d'une manière fondamentale la conception originaire du salaire. L'ouvrier n'est plus seulement créancier de son employeur ; il devient aussi créancier de l'institution d'assurance et avec la politique moderne de la Sécurité sociale, créancier de l'Etat.

La création des Caisses de Compensation accentue le mouvement ; désormais, l'ouvrier chargé de famille perçoit des revenus de compléments destinés à assurer la subsistance de celle-ci et à faciliter l'entretien et l'éducation des enfants. Certes le montant du salaire continue de dépendre de la nature, de la qualité et de la quantité de travail fourni ; cependant on prend désormais en considération les charges de famille des travailleurs. Nées de l'initiative patronale, désireuse de freiner les revendications ouvrières, les allocations familiales marquent le souci d'améliorer la rémunération des chargés de famille.

D'abord conçu en faveur des seuls salariés, le bénéfice de ces allocations est progressivement étendu à tous les éléments actifs de la population, et même dans certains cas, aux éléments « inactifs ».

Tandis que les assurances sociales visent à la garantie des revenus provenant du travail, la politique des allocations familiales tend à la garantie du revenu familial.

Dès lors, la conception atomiste et individualiste du Code Civil

se trouve entièrement bouleversée : la rémunération du travailleur n'est plus fonction uniquement du travail fourni, et prend un caractère alimentaire ; elle vise à assurer sa subsistance et celle de sa famille. Elle est garantie même si le travailleur cesse son activité pour une cause indépendante de sa volonté, dans l'hypothèse même où il n'assure plus ou ne peut plus assurer sa propre prestation de travail.

Le donné du contrat de louage de services traditionnel se trouve modifié : Le revenu du salarié prend progressivement, par l'effet de la législation ouvrière et sociale, désireuse d'améliorer son sort et de lui assurer des moyens d'existence, deux caractères antagonistes à ceux que les rédacteurs du Code Civil lui avaient conférés. Dans son contenu le revenu du salarié cesse d'être forfaitaire, et acquiert une figure de variabilité par les nombreux compléments ou substituts du salaire ; dans sa finalité, il cesse d'avoir un but rémunérateur pour revêtir un caractère alimentaire. Cette finalité est double : non seulement assurer la subsistance de l'individu isolé, mais également celle de sa famille. Le revenu du salarié devient fonction des dimensions familiales.

La subsistance du groupement familial est assurée alors même que le chef de famille suspend involontairement son activité créatrice de biens. Un problème capital se pose alors au juriste, resté longtemps attaché aux concepts traditionnels sans bien « prendre conscience » des transformations économiques et sociales qui ont imprégné profondément le droit et viennent réglementer les activités humaines. Ce droit social nouvellement créé va grandir, à côté du droit civil figé dans l'immobilité de sa vieillesse (28). Ne définit-on pas ce droit nouveau si vivant comme une « transposition juridique des situations économiques ». Le juriste inquiet devant ce phénomène qu'il n'a pas canalisé puisqu'il ne l'a pas prévu se pose des questions. Quel est le nouveau fondement juridique du revenu du salarié qui ne ressemble en rien à la « merces » de l'« *operæ romain* », ni au salaire, prix de la prestation de travail défini par l'article 1780 du Code de 1804 ?

(28) Ripert, *op. cit.*, p. 267.

DEUXIEME SOUS-TITRE

LES TRANSFORMATIONS DU FONDEMENT JURIDIQUE DU SALAIRE

Problème difficile, le concept de salaire parvenu à une telle évolution conserve-t-il un fondement juridique unitaire ? Demeure-t-il toujours, dans le cadre de la conception contractuelle du Code Civil, la contrepartie juridique de la prestation de travail accomplie ?

On peut en douter devant la multiplicité des formes de rétribution du travailleur qui ne trouvent pas toutes leurs causes dans le travail humain.

Cette prolifération aboutit à une pluralité de fondements. La doctrine s'efforce de les définir en les apparentant à la notion du salaire originaire.

Pour qualifier ces formes diverses de rémunération, la terminologie juridique possède une diversité qui est le signe de l'absence d'un concept précis et unifié.

Enfermées dans la définition classique traditionnelle, la doctrine et la jurisprudence établissent une distinction entre le salaire proprement dit, ses substituts et ses compléments.

Après avoir longtemps affirmé l'unité de concept de la rémunération du travail, voici qu'on en arrive à admettre l'existence d'une relativité de la notion de rémunération.

Chaque règle est en somme conçue en raison de sa propre définition du salaire ou de la rémunération. La multiplication moderne des formes de rétribution et leurs liens plus ou moins évidents avec le contrat de travail sont à l'origine de ces controverses qui dégénèrent souvent en litiges.

Tant que le salaire est envisagé comme la contrepartie de la prestation de travail, une définition simple et en quelque sorte purement « causale » s'impose. Le travail « marchandise » donne rigoureusement le salaire « prix ».

Aujourd'hui, au salaire proprement dit s'ajoutent de multiples accessoires ou compléments aux noms variables. Pour expliquer la nature juridique de ces salaires de complément ou de remplacement, plusieurs théories ont été élaborées, chacune d'elles cherchant à justifier la qualification donnée à telle ou telle forme de rémunération.

Bien que s'appliquant valablement à tel avantage consenti au salarié, elles sont insuffisantes à expliquer tel autre gain ou rémunération acquis par le travailleur. L'absence de théorie générale du salaire aboutit, à la limite, à une relativité de la notion de rémunération qui est la source de multiples controverses et discussions, opposant le droit fiscal, le droit du travail et le droit de la Sécurité Sociale.

Doit-on dès lors admettre qu'il n'y a pas de solution scientifique capable de résoudre le problème ? Une telle idée ne peut être retenue, le but du juriste étant d'éclairer le sens de la loi. Contrairement à ce que pensent certains auteurs « qui répugnent à voir dans le droit une discipline scientifique », parce qu'elle n'est qu'une « manifestation d'opinion », (30) une volonté qui a su s'imposer, d'autres, estiment, en revanche, que les phénomènes sociaux et parmi eux, les phénomènes juridiques, ont des causes sociales ; les règles de droit sont l'expression non pas d'individus, mais de groupements. On leur reconnaît, par là même, une objectivité qui les rend justiciables d'une recherche scientifique. Le droit ne peut se désintéresser de la réalité économique ; selon la pensée de Durkheim, la règle de droit n'est donc pas quelque chose d'immuable et de quasi sacré, mais, elle est variable et mouvante comme le sont les groupes humains. Le droit peut douter de son esotérisme pour se calquer sur la réalité et le phénomène d'évolution de la notion de salaire apparaît parmi d'autres comme un des phénomènes essentiels du monde contemporain.

Les faits sociologiques sont là pour exprimer, à l'appui des données économiques, que la notion de rémunération acquiert progressivement un contenu dualiste ; le terme de « salaire » ne correspond plus qu'à une fraction des gains perçus.

Pour l'ensemble de ceux-ci, il faut lui subsister celui plus compréhensif de rémunération, une rémunération qui n'est plus strictement la contrepartie du travail. Par un phénomène de scissiparité, une partie de cette rémunération s'apparente au concept classique, l'autre acquiert un contenu social qui confère à une partie des gains servis au travailleur un caractère moderne original dont il convient de préciser les contours et les limites.

Cette dualité de la notion de rémunération n'offre-t-elle pas dès lors de multiples intérêts et ne permet-elle pas de résoudre de nombreuses questions ?

(30) Henri Levy Bruhl, *Sociologie du Droit*, p. 89.

CHAPITRE PREMIER

LA RELATIVITE DE LA NOTION DE REMUNERATION

L'analyse juridique met en pleine lumière l'un des aspects de la théorie juridique du salaire resté jusqu'ici dans l'ombre : la relativité de la notion de rémunération. Cette relativité se développe sur deux plans :

- le caractère multiforme des revenus perçus par le salarié,
- la mosaïque bigarrée des qualifications juridiques et des fondements donnés à ces diverses sources de revenus.

A. — LE CARACTÈRE MULTIFORME DES REVENUS PERÇUS PAR LE SALARIÉ

Ce caractère multiforme ressort avec évidence de l'analyse historique de l'évolution du concept de salaire : l'ouvrier qui loue sa force de travail est appelé aujourd'hui à recevoir diverses rétributions.

Au salaire proprement dit, viennent s'ajouter les prestations de Sécurité Sociale et les allocations familiales, les congés payés, les avantages en nature, les primes, gratifications et pourboires.

Certains de ces éléments sont à l'origine versés directement par l'employeur, tels les allocations familiales et les congés payés. D'autres sont alloués bénévolement par l'employeur sous forme de libéralités, ou même par des tiers, comme les pourboires.

La naissance des institutions d'assurances et l'avènement de la Sécurité Sociale accentuent ce caractère multiforme des revenus perçus par le salarié : aujourd'hui des organismes d'Etat se substituent à l'employeur pour allouer des allocations ou indemnités, lorsque le salarié est involontairement dans l'impossibilité de travailler. Parfois, l'Etat lui-même intervient directement en octroyant des allocations de chômage.

Nous sommes en présence d'une pluralité d'éléments aux sources les plus diversifiées, les uns trouvant leur cause dans le contrat de travail, les autres s'y rattachant de près ou de loin, certaines même lui étant complètement étrangères. Cependant toutes ces sommes versées ou dues au travailleur ont vocation à tomber dans son patrimoine. Dès lors, la question se pose de savoir quelle qualification exacte il convient de donner aux diverses composantes constituant ce patrimoine du salarié ? Faut-il adopter une conception extensive de la notion de rémunération en considérant que la plupart de ces sommes participent de la nature juridique du salaire ? Va-t-on, au contraire, opter pour une conception

restrictive et admettre que, parmi elles, les unes méritent seules la qualification de salaire, parce qu'elles sont la contrepartie juridique du travail, les autres préprésentant des avantages sociaux étrangers à la notion de salaire.

Écartelée entre ces deux comportements possibles, la notion de salaire est marquée par l'incertitude de la pratique et de la jurisprudence. La pluralité des formes de rétribution a cette conséquence inéluctable, sur le plan juridique, d'amener une multitude de qualifications et de fondements juridiques.

B. — LA MOSAÏQUE DES QUALIFICATIONS ET DES FONDEMENTS DE LA NOTION DE SALAIRE.

Dans le domaine de la qualification, tout est matière à doute et à hésitation. Le vocabulaire actuel est le signe de la plus complète imprécision.

On soutient que les mots ont sur les idées une puissance certaine et qu'ils ont le pouvoir d'en retarder ou d'en accélérer l'évolution. Parfois, une qualification bien choisie est de nature à créer un concept nouveau dont on n'avait pris qu'une conscience superficielle alors qu'au contraire, une dénomination ancienne en le cristallisant retarde l'évolution vers une forme nouvelle. Enfin, si la qualification donnée n'est qu'une pâle image de l'idée naissante, elle peut être une source de confusion dans son imprécision ; les termes employés, loin de clarifier un problème, sont une source d'obscurité et d'ambiguïté et freinent l'éclosion d'un concept en voie de gestation. Le phénomène d'évolution du concept de salaire en est la preuve. L'expression « compléments de salaire » englobe principalement les indemnités, mais lorsque leur attribution est aléatoire, on les désigne sous le nom de gratifications, terme qui marque l'idée de libéralités, même lorsqu'elles se rattachent à la notion de profit de l'entreprise, et qu'elles représentent une participation du salarié aux bénéfices de l'exploitation. S'il s'agit de substituts du salaire, l'abondance du vocabulaire est encore plus nuancée et versatile : l'accidenté du travail, qui reçoit des « indemnités » pendant l'incapacité temporaire, se voit plus tard attribuer une « rente », conséquence d'une réduction permanente de capacité de travail. Dans l'assurance maladie ou maternité, des « indemnités » sont allouées. L'invalidé ou le vieillard reçoit une « pension », qui deviendra « rente » si le pensionné vieillisse ne remplit pas certaines conditions, ou une « allocation » vieillisse si la considération des ressources entre en jeu. Le salarié en congé perçoit lui aussi, une « indemnité » et les compléments de salaire de caractère familial portent le nom d'« allocations » ou de « primes » (à la naissance ou de vacances) ! (31).

Abandonnons le terrain du vocabulaire, pour pénétrer dans celui de la recherche d'un fondement juridique, et nous assistons impuissants au même phénomène d'incohérence : autant de théories que d'auteurs.

(31) Voir Louis Alvin, *Salaire et Sécurité Sociale*, p. 51.

Toutes les disciplines s'efforcent de les regrouper à partir d'une idée normative, mais économistes, juristes et sociologues s'attellent à cette tâche sans succès. Certains auteurs tentent une synthèse en opposant le salaire d'« inactivité » et le salaire d'« activité », théorie insuffisante pour expliquer la nature juridique des prestations familiales qui ne rentrent ni dans l'une ni dans l'autre de ces catégories. Dans une autre optique, on distingue d'une part, le salaire direct, contrepartie juridique du travail, d'autre part le salaire indirect, représenté par tous les accessoires ; mais ce critère ne précise pas dans quelle catégorie exacte, il convient de ranger les indemnités de congés payés qui participent à la fois de l'une et de l'autre.

Dans la « théorie des 3 salaires » de l'Institut de Science Economique appliquée (32), le salaire est défini comme le revenu du salarié pris en tant que tel, revenu dont la cause est la qualité de celui qui le reçoit. Cette théorie, qui s'apparente aux théories psycho-sociologiques, cherche à regrouper les divers éléments accessoires du salaire et le salaire proprement dit suivant un principe conforme à la réalité sociologique contemporaine.

Elle prend un caractère subjectif, tenant compte, non seulement du revenu du salarié en monnaie, mais également du revenu en « utilité ».

Ces auteurs exposent que le salaire comporte trois éléments ; le premier appelé le « salaire de rendement », contrepartie de la productivité personnelle du travailleur, le second, le « salaire social » dont le caractère essentiel est d'être collectif dans sa source, (et n'est donc pas la contrepartie d'une production individuelle), en troisième lieu, les rémunérations « non quantifiables », parce que collectives dans leur origine et leur finalité, dans lesquelles rentrent les « œuvres sociales réalisées au profit de leur personnel par certaines entreprises ».

Si séduisante que soit cette analyse, elle ne serre pas le problème d'assez près, car elle laisse sans solution pour le juriste la question des avantages en nature accordés en sus du salaire proprement dit, qui apparaissent tantôt sous un aspect individuel, et trouvent leur cause dans la prestation de travail personnelle, tantôt sous un aspect collectif qui les apparente aussi bien au salaire social qu'aux rémunérations dites « non quantifiables ».

Par ailleurs, le travail de la mère de famille à son foyer n'appelle-t-il pas une rémunération dont la source paraît de prime abord difficile à déceler dans une telle classification qui oublie également le paiement du congé payé annuel ? Cette théorie reste actuellement imprécise quant à la délimitation des frontières du « salaire ».

Tout en reconnaissant que les prestations d'assurances ressortissent autant du problème général de la Sécurité sociale que du problème du salaire, ces auteurs concluent, peut-être un peu hâtivement, qu'elles s'apparentent à la fois au salaire « social » et au salaire « contractuel », en raison du lien qu'elles ont avec le salaire de rendement, en fonction duquel plusieurs d'entre elles sont calculées.

(32) *Les caractères contemporains du salaire*, Publications de ISEA. Directeur : François Perroux, P.U.F.

De toutes façons, le problème demeure entier, et le débat rebondit au sujet des indemnités complémentaires versées, par certaines entreprises dans le cadre conventionnel, à leurs salariés malades ou accidentés.

Faut-il en conclure, que cette question ne comporte pas de réponse scientifique ? N'est-il pas plus exact dès lors d'affirmer que la relativité du concept de salaire, venant de substituer à l'affirmation de son unité originaire, cache un phénomène sous-jacent en voie de gestation, l'éclosion d'un concept dualiste de la notion de rémunération ?

CHAPITRE II

LA DUALITE DE LA NOTION DE REMUNERATION

Il convient de rappeler que nous examinons la question sur le plan juridique. Mais tout exposé juridique est incomplet sans l'indispensable sociologie juridique (33).

On ne peut nier que le salaire, un des éléments essentiels du contrat de travail, soit non seulement un phénomène juridique, mais également un phénomène social et économique.

Or, l'ordre juridique obéit, bon gré, mal gré, aux structures sociales et économiques du milieu ambiant.

La transformation de ces structures ne peut rester sans influencer profondément la notion de salaire. Dès lors qu'un fléchissement se produit, qu'un clivage apparaît dans le secteur économique et social, il se traduit inévitablement dans les formes juridiques. Cette mutation s'est réalisée progressivement, au cours du XIX^e siècle, et d'une manière plus accélérée au XX^e siècle.

L'intervention de l'Etat, la naissance d'un secteur collectivisé, l'apparition à côté de l'économie individualiste, d'une économie nationale, en un mot, le phénomène de collectivisation ou de socialisation exerce une grande attraction sur le droit.

Les rapports économiques et sociaux passent ainsi du stade individuel au stade collectif. L'ordre juridique issu du Code Civil, présentant des lacunes par rapport à la réalité sociale, il est tout naturel de rechercher dans les relations nouvelles, les éléments qui permettent de les combler. Le salaire contractuel des art. 1780 et 1781 fait figure de pièce de musée juridique et il lui appartient pour survivre de s'adapter au nouvel ordre social.

Comment ne pas voir dans les métamorphoses du salaire une forme de cette adaptation ?

Certes, nos conceptions traditionnelles demeurent vivantes puisque les art. 1780 et 1781 du Code Civil n'ont pas été abrogés ni modifiés.

Cependant la vision « socialiste » du salaire apparaît. Au salaire individuel fait place petit à petit, sans pour autant l'éliminer complètement, une nouvelle technique juridique née par la force des choses, peut-être, malgré les juristes (34) : le salaire collectivisé, socialisé.

(33) P. Durand, *L'influence du droit du Travail et du droit de la Sécurité Sociale sur les formes de l'activité professionnelle*. Droit Social 1956, p. 145.

(34) Edmond Bertrand, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*. 1950 (Etudes Ripert, I. p. 160).

On se trouve dès lors en présence d'un dualisme de la notion de rémunération :

— le salaire demeure, en règle générale, la contrepartie juridique du travail accompli, réglé par les rapports d'individu à individu ;

— le salaire cesse cependant, dans un certain nombre de cas, d'être uniquement la rémunération du travail individuel : il prend un contenu social à travers les prestations allouées par les institutions de Sécurité sociale, et vise à assurer les moyens de subsistance de l'individu.

Cette dualité révèle aussitôt un intérêt primordial, et le problème mérite d'être posé.

Si l'on admet l'existence d'un tel dualisme, il est dès lors possible de bâtir une nouvelle théorie du salaire et d'en expliquer le fondement juridique moderne.

Toutes les difficultés et controverses doctrinales et jurisprudentielles pourraient être aplanies. Cette opportunité de la conception dualiste se dégage-t-elle en droit comparé et dans notre droit positif ?

TROISIEME SOUS-TITRE

OPPORTUNITE DE LA CONCEPTION DUALISTE

Il est du plus vif intérêt d'examiner les données du problème dans le cadre des législations étrangères et sur le plan de la législation française.

En effet, la conception dualiste met en évidence les multiples intérêts qui se dégagent d'une telle analyse.

CHAPITRE PREMIER

EN DROIT COMPARE

Le phénomène d'évolution du salaire que nous avons décrit n'est pas un phénomène spécifiquement français. Son « internationalisme » se révèle dans la politique des Etats contemporains, tant sur le plan des salaires que sur le plan de la Sécurité sociale.

Cette transformation présente ce contenu historique d'arriver à un même degré de développement dans les pays parvenus à un même niveau de civilisation industrielle.

L'industrialisation très avancée de l'Allemagne au XIX^e siècle explique l'apparition entre 1883 et 1890 dans ce pays d'une législation des assurances sociales presque complète.

Elle est la preuve que la formation d'un système des assurances sociales est indissociable d'un monde industriel « où les cheminées fumantes se multiplient, où les villes croissent comme des champignons » (35).

C'est en Allemagne aussi que les influences socialistes sont les plus fortes et très tôt amènent l'opinion publique à sentir la nécessité d'améliorer le sort de l'ouvrier malade ou inactif en raison du chômage.

Bismarck, dont la politique symbolise l'intervention de l'Etat dans le but d'atténuer les misères d'une partie de la Nation, rejoint les théoriciens des écoles du socialisme d'Etat, dont Wagner en 1887 exprime l'idée fondamentale, préfigurant la politique moderne du salaire social : « L'Etat doit relever les classes inférieures laborieuses aux frais des classes supérieures possédantes, et enrayer volontairement l'accumulation immodérée des richesses dans certaines couches, et chez certains membres de la classe possédante ».

Sous l'influence de la législation allemande de 1881 à 1890, certains Etats de l'Europe occidentale créent, eux aussi, des institutions d'assurance, qui à travers des techniques diverses, poursuivent la même finalité : assurer la sécurité des revenus provenant du travail.

Tous les pays modernes ont maintenant organisé des systèmes de Sécurité sociale. Certes, l'analyse juridique révèle que la conception dualiste de la rémunération est indifférente, sur le plan des techniques utilisées, à la structure sociale du pays considéré. Phénomène que l'on retrouve dans les pays de l'Europe occidentale, en Union Soviétique,

(35) E. Vermeil, *L'Allemagne*, pp. 219-1945, (cité par P. Durand, *La politique contemporaine de Sécurité Sociale*, p. 55).

ou aux Etats-Unis d'Amérique, bien que la diversité des techniques varie selon les pays à partir de l'idée que chaque Etat se fait de la liberté individuelle. En revanche, à travers cette diversité des techniques mises en œuvre, le dualisme de la rémunération est sous-jacent.

Peut-on en déduire que, si dualisme il y a, le fondement juridique de la rémunération est indifférent, lui aussi, à la structure sociale du pays considéré ?

Non, car il importe ici, de veiller à ne pas se laisser abuser par des similitudes de terminologie ; le contenu du salaire subit, au contraire, des perturbations, selon le degré de développement de la socialisation des structures économiques de chaque pays.

A. — L'EXISTENCE DU DUALISME MALGRÉ LA VARIABILITÉ DES TECHNIQUES JURIDIQUES.

Aussi curieux que cela puisse paraître, cette réalité se vérifie si l'on examine les transformations de la conception originaire du salaire aux Etats-Unis, en Union Soviétique, ou dans les Pays Occidentaux.

1) *Les clauses de garantie du salaire aux U.S.A.*

Les Etats-Unis d'Amérique sont le pays où la transformation du salaire apparaît la plus lente. Il conserve, malgré tout, les traits originaux que lui avait donné la pensée des économistes libéraux des XVIII^e et XIX^e siècles.

L'Américain constate que le salaire qui conditionne son niveau de vie est étroitement lié à la prospérité de l'économie nationale en pleine expansion (36). La notion de productivité s'est très largement répandue dans le pays ; Syndicats, Associations patronales, employeurs et employés, tous croient aux bienfaits d'une productivité sans cesse accrue sous l'impulsion du progrès technique.

Cet optimisme foncier demeure la base du système de pensée des citoyens aux Etats-Unis.

Mais rattacher le salaire au fruit du travail, par conséquent, à la productivité, est une conception qui est loin d'être moderne. Adam Smith ne professait-il pas la même idée ? En outre, le salaire est devenu le revenu dominant au XX^e siècle, non seulement parce qu'il compte le plus grand nombre de bénéficiaires, mais surtout parce qu'il a pris un contenu humain.

Aux Etats-Unis, on a pris conscience de ce que l'ouvrier qui ne travaille pas perd, non seulement son habileté, mais également sa santé.

Ce salaire, en tant que seul moyen d'existence de son bénéficiaire, acquiert un contenu moral qui rappelle la notion thomiste de « juste salaire ». John Dunlop n'hésite pas à parler non seulement du « juste salaire », mais encore de « salaire vital », de « salaire social » et même

(36) Jean-Louis Payart, *La Politique gouvernementale des salaires aux Etats-Unis*, 1940-1950, pp. 1 et suivantes.

de « salaire culturel », notions qui n'ont rien de commun avec un prix (37).

Cette promotion du salaire, cette humanisation du concept traditionnel est le trait dominant de l'évolution moderne. Cependant l'intervention de l'Etat dans un système politique aussi libéral que celui des Etats-Unis paraît difficile. Il n'y a pas aux Etats-Unis de politique nationale des salaires, identique à celle que pratiquent les gouvernements des pays de l'Europe Occidentale.

La politique « fédérale » de Sécurité Sociale inaugurée par le « Social Security Act » de 1935, reste encore imparfaite et limitée à certains risques considérés comme essentiels par l'industrie américaine : la vieillesse et le chômage.

Elle néglige la maladie et l'invalidité (à moins que celle-ci ne résulte d'un accident) (38) et de nombreux salariés demeurent exclus du champ d'application de la législation sociale. En outre, les prestations sont d'un faible montant et servies pendant des périodes assez brèves. Malgré les amendements apportés par la suite à la législation de 1935, on estime que le « nombre des travailleurs des Etats-Unis couverts contre tous les risques de dommages physiques dus à l'emploi, représente à peine la moitié de l'ensemble » (39).

Aussi le trait essentiel est-il le développement considérable pris aux Etats-Unis par l'assurance maladie privée ou volontaire avec recours aux Compagnies d'Assurance commerciales.

Celles-ci jouent un rôle fondamental en ce qui concerne la réparation d'un risque spécifique, la perte des salaires entraînée par la maladie qui se traduit toujours, non seulement par des dépenses particulières, mais aussi par un manque à gagner au moment où le salaire est plus nécessaire que jamais.

Alors que les systèmes d'Assurances Sociales Européens prévoient tous l'indemnisation de ce risque, aux Etats-Unis, quatre états seulement ont organisé une assurance obligatoire de cette perte de revenu contre laquelle sont aussi garanties certaines catégories de personnes sur le plan fédéral (fonctionnaires, employés des Chemins de Fer) (40).

Cette lacune est donc comblée par l'assurance volontaire. En 1957, sur 42 millions de personnes assurées contre les pertes de revenus du fait de la maladie, les trois quarts (32.739.000) l'étaient par les Compagnies d'Assurances.

Cependant la politique des salaires, aussi bien chez les employeurs que chez les salariés, reste dominée par l'idée qu'il faut allouer de hauts salaires, en laissant à chacun le soin de pourvoir à la sécurité du lendemain. Telle est l'idée que l'on se fait de la conception du « juste » salaire : « ce que nous désirons, c'est la fixation à un taux raisonnable

(37) Jean-Louis Payart, *op. cit.*, p. 12.

(38) P. Durand, *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*, p. 103.

(39) *Informations sociales*, III. 1950, 346, *Revue Intern. du Travail*. L. VIII, n° 2, Août 1948, 264.

(40) J.-J. Dupeyroux, *Le problème de l'Assurance Maladie aux Etats-Unis*. Droit Social 1959, p. 558.

et juste des salaires... de sorte qu'ils (les salariés) puissent même mettre de côté quelque chose pour leur vieillesse ou pour une infirmité » (41).

On estime ainsi que « la sécurité et la liberté sont conciliées dans le respect des plus pures traditions de l'American Way of Life » (42).

Mais un courant de pensée prend maintenant naissance en faveur d'une collectivisation du salaire.

Il est à noter d'abord que l'assurance fait l'objet de discussions dans le cadre des conventions collectives et que le paiement des cotisations de l'Assurance Volontaire est fréquemment mis, en tout ou partie, à la charge de l'employeur.

En second lieu, la garantie des revenus provenant du travail se trouve assurée par les clauses relatives à la Sécurité sociale insérées dans les conventions collectives. C'est ainsi que l'accord conclu en mai 1950 entre la General Motors et ses 250.000 salariés porte le montant de leur retraite à un taux plus élevé, mais surtout prévoit l'attribution, par l'employeur, d'allocations hebdomadaires en cas d'accident ou de maladie.

Cette évolution témoigne de l'abandon progressif par les Syndicats d'une constante de leur politique traditionnelle : le refus de « toute législation sociale » considérée comme une intervention de l'Etat dans le dialogue ou conflit employeurs-employés.

En revanche, dans le domaine des soins médicaux, les syndicats américains semblent laisser de côté la lutte pour l'assurance obligatoire : ils pensent que cette assurance sera peu efficace, vu l'aspect démodé des plans Européens de Sécurité Sociale mis à part le système Anglais. Ils désirent donc l'amélioration de l'Assurance Volontaire par la création de Centres de Santé accordant aux travailleurs les services médicaux en nature.

La politique des syndicats américains espère ainsi « dépasser » le stade de l'assurance sociale dans la mesure où chacun se voit reconnaître un droit fondamental aux soins médicaux par la création d'un service public, avec la formule de la polyclinique dont l'accès est ouvert à tous (43).

Ainsi donc, les effets des négociations des conventions collectives viennent compléter la politique de l'Etat ; aux Etats-Unis, le dualisme de la notion de rémunération apparaît moins prononcé. Il n'en est pas de même dans les pays de l'Europe Occidentale.

II) *Les données du problème en Europe Occidentale*

Les raisons qui ont entraîné la transformation du salaire et l'apparition de substituts ou compléments de celui-ci se retrouvent dans tous les pays. La plupart des législations nationales ont subi le même degré d'évolution et se sont orientées, par nécessité, vers des solutions identiques. A la suite d'un phénomène de diffusion (44), on retrouve un fonds législatif commun aux différents Etats.

(41) Jean-Louis Payart, *op. cit.*, p. 145.

(42) J.-J. Dupeyroux, *op. cit.*, p. 559.

(43) J.-J. Dupeyroux, *op. cit.*, p. 630.

(44) P. Durand, *Polit. Cont. de S.S.*, p. 394.

Cette nouvelle orientation apparaît dans les constitutions nationales, lesquelles font une place de plus en plus grande aux problèmes économiques et sociaux dont la solution (45) commande la vie politique des sociétés contemporaines. L'art. 38 de la Constitution Italienne du 27-12-1947 reconnaît à tous les citoyens le droit à l'entretien et à l'assistance sociale s'ils sont incapables de travailler et dépourvus de moyens de subsistance, et aux travailleurs le droit à la Sécurité Sociale.

La Constitution Française du 27-10-1946, dans son préambule, proclame que « tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

N'est-ce pas indiquer clairement que l'individu est créancier de la Société et proclamer « son droit » à ce salaire, à cette rétribution qui n'a pas, en apparence, de contrepartie contractuelle ?

Avec des degrés d'évolution qui s'expliquent par les caractères généraux de chaque pays, chaque Etat a suivi une progression parallèle, et nous pourrions rééditer pour chacun d'eux, à quelques nuances près, la première partie de cette introduction.

En Angleterre, en Belgique, en Suisse, en Italie et en Allemagne la même politique sociale s'est développée, mais le fond reste commun malgré des techniques d'organisation et de financement différentes.

Le salaire, prix du travail individuel, est insuffisant à assurer des moyens de subsistance à l'individu dont la force de travail est altérée ou même anéantie. D'où la nécessité de trouver des éléments de complément ou de remplacement. Quel est le pays qui ne possède pas ses institutions d'assurances sociales et son système de prestations familiales ? Partout la garantie des moyens d'existence est plus ou moins largement organisée : la totalité ou une partie du salaire peut être maintenue, malgré l'interruption du travail, bien qu'un employeur soit normalement dispensé de verser un salaire, lorsque le travailleur, victime d'un risque, cesse d'accomplir sa prestation de travail.

Le paiement du salaire, malgré la cessation du travail, constitue bien une forme de garantie sociale. Cette garantie est assurée non seulement par les institutions publiques d'assurances, mais aussi, sur le plan privé, dans le cadre des rapports individuels ou collectifs du travail.

Le paragraphe 617 du Code Civil Allemand, prévoit une garantie en cas de maladie d'un salarié admis dans la communauté domestique.

En France, les conventions collectives maintiennent fréquemment, au profit du travailleur malade, le paiement du salaire, généralement pour son montant intégral pendant quelques semaines puis pour une fraction pendant les semaines suivantes. On aperçoit les liens qui se tissent entre la théorie du salaire et celle de la Sécurité Sociale.

En cas de chômage, il existe des systèmes de salaires garantis hebdomadaires ou annuels qu'on rencontre surtout en Grande-Bretagne : l'ordonnance du 5-3-1941, motivée par la situation de guerre, obligeait certaines entreprises, dont le fonctionnement se trouvait interrompu, à

(45) P. Durand, *op. cit.*, p. 161.

garantir aux travailleurs un salaire hebdomadaire ou quotidien suivant la périodicité de la paie.

Les tendances au dualisme dans le concept de rémunération du travail prennent donc un caractère international puisqu'on les retrouve dans les pays de droit soviétique.

III. — *Les substituts et compléments du salaire en U.R.S.S.*

La naissance et le développement d'une société d'un type nouveau en Union Soviétique ne doit pas faire oublier la force et la persistance de la tradition juridique russe essentiellement dans le domaine de la technique.

Certes, l'art. 1^{er} du Code Civil soviétique, en proclamant « que les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale », affirme la structure sociale de l'Etat. Cependant, si les droits individuels sont l'exception et n'existent que dans la mesure où leur exercice est utile à l'intérêt social (46), certaines concessions sont faites aux conceptions juridiques des pays à structure capitaliste.

Or, précisément, comme le souligne M. Hazard, dans son ouvrage sur le droit soviétique, la survivance de la tradition russe est incontestable et manifeste, qu'on étudie la structure du droit ou les concepts auxquels les juristes ont recours. Le passage d'un type de société à un autre peut, dans bien des cas, avoir donné un sens différent aux mots utilisés (47) ; les concepts juridiques doivent être appréciés suivant une perspective nouvelle et non par analogie avec les concepts de jadis. Toutefois, une parenté demeure entre le droit d'hier et le droit d'aujourd'hui.

Nous retrouvons également, dans le droit civil soviétique, les notions de sujet de droits, de biens, de conventions, les contrats spéciaux de ventes, d'échanges, de louages de choses, tout cela lui donnant un air de famille avec le droit français. Les concepts que manient les juristes soviétiques sont ceux que peut exprimer la langue d'un peuple qui a adopté la tradition du droit romain (48). L'évolution qui s'est produite n'a pas toutefois entraîné, en ce domaine de la technique, une rupture complète avec le passé. Le juriste français est, de ce fait, bien placé pour comprendre le droit soviétique. Cette constatation peut se vérifier non seulement à travers la terminologie, mais aussi dans le domaine de la structure du droit.

La notion de salaire subsiste bien dans les concepts du droit de l'Union Soviétique, qui possède comme nous son Code du travail.

Cette persistance des techniques occidentales est mise en évidence par l'existence en U.R.S.S. d'une législation d'assurances sociales dont Lenine avant même la Révolution, avait tracé le plan type à mettre en œuvre.

(46) René David et John. N. Hazard, *Le Droit Soviétique*, 1954, Tome I, p. 134.

(47) R. David et J. N. Hazard, *op. cit.* — Tome I — pp. 75 et suivantes.

(48) R. David et J. N. Hazard, *op. cit.*, p. 77, Tome I.

Le Code du travail soviétique utilise des formules tout à fait familières à ceux qui connaissent les codes des autres pays industriels. Le contrat de travail y est défini comme « une convention entre deux ou plusieurs personnes dans laquelle l'une des parties, l'employé, offre sa puissance de travail à l'autre, l'employeur, en échange d'un salaire » (art. 27).

Les termes employés établissent que le contrat de travail doit être regardé comme la vente par une personne de sa capacité de travail. « Une profonde ressemblance paraît exister entre théorie française et théorie soviétique des contrats » (49). Celui-ci règle encore aujourd'hui après la disparition du dernier employeur privé les rapports entre directeurs et travailleurs dans toute l'industrie.

En U.R.S.S., tout est orienté vers le développement de l'économie socialiste, le principe de la société soviétique étant encore « de chacun selon sa capacité, à chacun selon son travail » ; le travailleur y reçoit un salaire, souvent calculé aux pièces, mode de paiement qui a encouragé le mouvement stakhanoviste.

Parmi les stimulants recherchés pour accroître la productivité du travailleur, est mis au premier plan un calcul des salaires qui varie selon la qualité et la quantité de la production.

A ce salaire viennent s'incorporer de nombreux avantages sociaux prévus par les conventions collectives, tels les congés payés, les assurances sociales. Les conventions collectives, rétablies depuis 1947, comportent des obligations précises en vue d'accroître le bien-être des travailleurs (50). Les revenus provenant des surplus du plan de production imposé doivent être utilisés à des améliorations dans les restaurants, les salles de lecture, les crèches de l'usine et même dans les habitations des ouvriers ce qui fait qu'une partie des bénéfices est ainsi employée au profit des travailleurs. Ces avantages ressemblent fort à un salaire indirect, socialisé, complément du salaire lié à la production individuelle.

Le conseil des Commissaires du Peuple a ainsi adopté, en 1944, un contrat type pour régir les relations entre les membres des fermes collectives et l'industrie des mines dans le bassin du Don. Ce contrat prévoit des règles garantissant le paiement d'une prime de départ de la ferme, le logement à assurer lors de l'arrivée à la mine, le droit à des facilités culturelles, la nourriture qui doit être servie au restaurant au prix de la taxe. L'intéressé peut également bénéficier des organismes sociaux et de santé, de facilités d'apprentissage pour devenir ouvrier spécialisé ; en cas de reconduction du contrat, le droit à un prêt à l'habitat est reconnu au salarié.

Il s'agit là d'une série de mesures destinées à protéger les travailleurs sur un point considéré comme fondamental : la garantie de la subsistance par la sécurité de l'emploi.

Dans la vaste réglementation d'assurances sociales instituée et dont

(49) R. David et J. N. Hazard, *op. cit.* T. I., pp. 190 et suivantes, T. II., pp. 191 et 192.

(50) David et Hazard, *op. cit.*, Tome II, pp. 187 et suivantes.

les principes de base sont incorporés dans le code des lois sur le travail de la R.S.F.S.R. (Chap. 17), on constate une similitude dans les techniques employées : l'assuré jouit d'un salaire de remplacement pour les journées de travail que la maladie ou l'accident lui ont fait perdre, même si ceux-ci sont sans rapport avec l'emploi (51).

Les avantages consentis sont parfois supérieurs à ceux dont on bénéficie dans les législations occidentales puisqu'au cours d'une première période l'ouvrier reçoit la totalité de son salaire, ou partie de celui-ci, selon son ancienneté dans l'entreprise et son affiliation syndicale.

On voit par là les visées politiques et économiques conférées à la loi des assurances sociales, qui tendent à modeler la société, selon l'image qu'on s'en est faite.

Un plafond est pourtant institué en cas d'incapacité temporaire, dans le but de ne pas appauvrir l'entreprise en un moment où la production se trouve réduite. Sauf en ce qui concerne les saisonniers, ou les travailleurs à temps partiel, les versements sont effectués pendant toute la durée de l'incapacité temporaire. Si l'inaptitude acquiert un caractère permanent, la loi des pensions rentre en jeu, avec des indemnités inférieures au salaire mais avec des plafonds variables, selon la branche d'activité précédemment exercée.

L'étude des lois de Sécurité sociale de l'U.R.S.S. démontre que celles-ci paraissent avoir été conçues comme un moyen d'assurer une possibilité d'existence basée sur le minimum de ressources indispensable à ceux qui sont dans l'incapacité de gagner leur vie et à ceux qui ont perdu leur soutien en la personne du chef de famille ; il est à remarquer toutefois que le montant des versements effectués demeure toujours inférieur aux salaires.

Il faut souligner, en revanche, le faible développement donné à la politique d'allocations familiales dans la législation soviétique ; en contre partie les programmes gouvernementaux avantagent les enfants plus que n'importe quel autre élément de la société (52). On se préoccupe énormément de leur bien-être matériel. Indépendamment de la révolution réalisée dans le droit familial par la loi du 8-7-1944, qui a marqué un retour aux principes affirmés par Engels, sur la nécessité d'une famille fortement constituée et monogamique, il n'en demeure pas moins qu'un gros effort a été fait pour aider la famille à assurer l'entretien de sa progéniture.

Cet effort d'aspect indirect se traduit par l'enseignement gratuit, le développement des maisons et colonies d'enfants organisées par l'Etat ou les Entreprises, institutions contrastant avec notre conception libérale qui vise à allouer des indemnités aux chefs de famille, en leur laissant le soin de les utiliser dans le sens le meilleur pour l'éducation et l'entretien de leurs enfants.

La création et le développement des institutions pour enfants sans foyer sont le signe de la sollicitude que l'Etat porte à l'enfance, qu'il

(51) David et Hazard, *op. cit.*, Tome II, pp. 251 et suivantes.

(52) David et Hazard, *op. cit.*, pp. 293 et suivantes.

prend en charge dès que son développement n'est plus assuré au sein d'un foyer propice.

Certes, les pays de civilisation occidentale possèdent des œuvres similaires, mais qui restent surtout le fait de l'initiative privée ou semi-publique.

Ceci marque les traits originaux du droit civil soviétique dans lequel tout prend un caractère public, tel qu'on n'hésite pas à qualifier le droit civil de « droit public ».

Certes, les analogies persistent quant aux techniques mises en œuvre, et les similitudes de terminologie ou de vocabulaire juridique, en matière de salaire ou de revenus de complément ou de remplacement, laissent à penser que l'évolution du concept de salaire a suivi le même cheminement sous toutes les civilisations parvenues au même degré de développement économique et social. Cependant force nous est de constater que le fondement juridique de la notion de rémunération n'est pas indifférent à la structure sociale de chaque pays considéré.

B. — LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA RÉMUNÉRATION VARIE SELON LA STRUCTURE SOCIALE.

Ici, à l'indifférence des techniques, fait place le bouleversement du fondement juridique de la notion de rémunération. Alors que ce fondement se dédouble dans les pays occidentaux et perd son caractère unitaire, il tend dans les pays marxistes vers une nouvelle « unité », conséquence du contenu social qu'acquiert dans l'économie socialiste toute l'activité humaine.

Il n'est nullement question de poser le problème de savoir si une option se pose à nous, juristes : devons-nous adopter la thèse dualiste ou faut-il penser qu'une nouvelle conception unitaire est en voie de gestation pour se substituer à l'ancienne, née du contrat de travail individualiste et libéral ?

Y répondre serait d'ailleurs difficile et prématuré à l'entrée d'une analyse juridique non encore dépouillée. Mais il n'est pas inutile, pour la clarté de la pensée, de constater les faits qui se produisent sous nos yeux et de les observer pour comprendre les métamorphoses juridiques et le processus de leurs transformations. De nouveaux concepts juridiques apparaissent sans pour autant entraîner la disparition des anciennes idées.

Le concept de salaire est un de ces phénomènes contemporains, en pleine période d'évolution comme d'ailleurs tout ce qui est vivant et en mouvement.

I. — *Le fondement juridique de la rémunération se dédouble dans les pays Occidentaux.*

Le dédoublement se vérifie à partir d'une observation : une partie de la rémunération a toujours sa cause dans le travail individuel tandis

que l'autre partie est versée au travailleur, en considération de ses besoins, en dehors de l'existence même du contrat du travail.

Admettons l'existence de ce dualisme dans les concepts et la notion du salaire se clarifie. Il apparaît aisé dès lors, d'aboutir à une précision du vocabulaire juridique ; le salaire proprement dit reste la contre partie juridique de la prestation de travail : son paiement s'impose à l'employeur parce que son co-contractant, le salarié, a accompli sa propre obligation.

Mais il est possible d'admettre qu'une « rémunération » soit versée, non plus par l'employeur, mais par une institution à caractère public en contre partie de l'activité de caractère social accomplie par l'individu.

Tout individu peut-il prétendre à cette rémunération « sociale » ? Quel est son support juridique ? Si l'on quitte le domaine du contrat, force nous est d'abandonner le terrain des droits subjectifs. N'est-il pas possible d'admettre l'existence d'un droit de l'individu à l'encontre de la société ?

A ce propos, il est bon de rappeler que le préambule de la Constitution Française du 27 octobre 1946 proclame que : « Tout être humain, qui en raison de son âge, de son état physique ou mental, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Des propositions similaires se trouvent dans les constitutions contemporaines des pays d'Europe.

Cette idée des droits sociaux de l'homme est exprimée dans la Déclaration Universelle (53) adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10-12-1948, dont l'art. 25, reconnaît que « toute personne a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ». Quel est ce droit à la sécurité ?

Le même article *in fine*, l'exprime ou le définit d'une manière plus générale en précisant qu'il existe chaque fois que l'individu vient à perdre ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.

Mis dans l'impossibilité d'obtenir un salaire par son travail, l'individu a droit à une rémunération à la charge de la collectivité. On quitte le cadre des rapports contractuels individuels pour passer aux rapports individu-collectivité de nature extra-contractuelle.

Certains auteurs veulent voir dans ce droit la conséquence de l'existence d'un quasi-contrat liant l'individu à la société dont il fait partie. Mais la notion de quasi-contrat est insuffisante et trop artificielle pour expliquer l'éclosion des mécanismes juridiques. D'où la nécessité et l'intérêt d'examiner le fondement juridique de cette rémunération « sociale » qui ne semble plus trouver sa source dans le contrat de travail, ni dans la théorie des droits subjectifs. L'intérêt primordial de la dualité des concepts quant au fondement de la notion de rémunération résulte de ce qu'une partie de la rémunération (mais une partie seulement, qui demeure encore si l'on fait le bilan du volume des prestations servies par la Sécurité Sociale, tant sur le plan individuel que sur le plan global

(53) Vedel, *La déclaration universelle des droits de l'homme, Droit Social*, 1949, p. 372.

de l'économie de faible importance par rapport au salaire direct) a subi le phénomène de « socialisation du Droit ». En est-il absolument de même dans les pays de droit soviétique ?

II. — *Vers l'unification des concepts dans les pays de droit soviétique.*

Peut-on dire qu'en Union Soviétique, la relation de travail conserve un caractère atomiste et individualiste.

Certes, il y a une trentaine d'années, la survivance d'une économie privée à côté de l'économie socialiste pouvait permettre de le penser.

Aujourd'hui, après la disparition des derniers patrons privés employant des salariés, le droit du travail, bien que toujours en vigueur, ne gouverne plus que les rapports entre directeurs et travailleurs dans toutes les activités étatisées. Les salariés sont devenus les travailleurs de l'Etat. La planification a achevé l'évolution et le principe proclamé par la Constitution dans son art. 12, « qui ne travaille pas, ne mange pas », marque le passage du cadre individuel au cadre collectif dans les rapports du travail.

Le concept de salaire conserve son acception première, mais a acquis par voie de conséquence un contenu social.

Le travail est un devoir pour tout citoyen de l'U.R.S.S. (art. 12). Le salaire varie selon la qualité et la quantité de travail fourni, et il devient le revenu du travail ; son taux varie également en fonction du niveau général de la production, puisque le « fonds des salaires » représente une part du revenu national.

Désormais, le salaire n'est plus seulement le prix de la force de travail. Il est la répartition, selon les capacités de chacun, du produit de l'activité humaine de tous, et toute activité humaine, industrielle, commerciale, artistique, politique, donne lieu à une rémunération.

L'opposition entre le salaire direct et le « salaire social » alloué par les institutions d'Etat de la Sécurité Sociale n'est plus que de forme, la masse globale étant redistribuée. Redistribution qui n'intervient pas uniquement en fonction des besoins car la politique économique tend à inciter l'individu à poursuivre son effort et l'aiguillon de l'intérêt personnel demeure plus nécessaire que jamais.

L'homme « social » n'est pas encore une réalité : les psychologies n'ont pas suivi l'évolution des cadres juridiques ou étatiques.

Aussi, la redistribution tiendra-t-elle compte de l'effort personnel de chacun. Mais il ne s'agit que d'un levier pour susciter l'activité individuelle. Sur le plan général, au delà des mécanismes juridiques mis en place et des techniques utilisées qui s'apparentent à celles en vigueur dans les pays de civilisation occidentale, il n'y a plus d'antagonisme particulier entre le salaire direct et le salaire social.

Tout citoyen reçoit sa part du revenu national variable selon le travail fourni ou s'il ne peut travailler, calculée sur son activité passée ou son activité future.

Si les intérêts de la conception dualiste de la notion de rémunération se rencontrent dans l'analyse du droit comparé, l'intérêt du problème est-il le même dans l'étude de notre droit positif ?

CHAPITRE II

LE PROBLEME DE LA NOTION DE REMUNERATION EN DROIT POSITIF FRANÇAIS

L'évolution historique du concept de salaire a pour conséquence une diversité d'intérêts, mise en évidence par le dualisme des sources juridiques. Le salaire est une notion qui cesse d'appartenir à l'institution du contrat de travail, et n'est plus spécifique au code du travail. Intégré d'abord au Code Civil parce que l'on ne pouvait concevoir, il y a 150 ans, l'existence d'une législation spéciale aux travailleurs, il devient par la suite l'un des éléments juridiques essentiels du droit du travail ; l'évolution ainsi amorcée se poursuit avec la naissance du droit de la Sécurité Sociale, préfiguration d'un droit social qui se construit autour de la notion juridique du salaire. Il ne peut en être autrement, la législation sociale étant à l'origine conçue en faveur des salariés.

D'essence et de par sa nature même profondément « social », le droit nouveau transforme insensiblement les concepts traditionnels.

Cependant, un antagonisme foncier veut le heurt des deux droits. Nés tous deux d'un souci commun : assurer la protection ouvrière, ils ne devaient pas tarder à se séparer après avoir suivi un certain temps des voies parallèles. Cette séparation va être la source d'une série d'actions et d'inter actions réciproques ; c'est dans le cadre de cette opposition que la conception dualiste de la notion de salaire présente de multiples intérêts d'ordre intellectuel et d'ordre technique.

SECTION I

UN INTERET D'ORDRE INTELLECTUEL

L'évolution de la notion de rémunération ne peut rester sans influencer le contenu juridique du contrat de travail lui-même. L'un des éléments spécifiques et essentiels du contrat de travail sans lequel l'autre élément, le salaire, ne saurait suffire, est le lien de subordination.

Le salarié n'exerce pas son activité d'une manière autonome ; il se trouve dans un état de dépendance, principe essentiel affirmé par

la Cour de Cassation à maintes reprises et notamment dans son arrêt du 9-3-1938 (54).

La définition de la nature de ce lien de subordination entraîne un conflit latent qui se manifeste en jurisprudence et dans les lois contemporaines, selon que l'on retient la thèse traditionnelle de la subordination juridique ou la théorie moderne de la dépendance économique.

La Cour de Cassation reste immuablement fidèle à la notion de subordination juridique, malgré l'imprécision des termes des articles 1710 et 1779 du Code Civil. Interprétant littéralement les textes, elle considère que le contrat de travail s'applique à ceux qui « s'engagent au service d'autrui ».

Etant au service de l'employeur, le salarié est placé sous l'autorité de celui-ci, qui a le droit de lui donner des ordres dans l'exécution du travail, surveille l'accomplissement de sa tâche, et peut exercer en cas de faute les sanctions disciplinaires.

Pour rechercher l'existence ou non d'un contrat de travail, la jurisprudence insiste sur le droit de direction et de contrôle qui appartient à l'employeur (55).

Dans un arrêt du 24-4-1925 (56), la Cour de Cassation, sans préciser le sens exact à donner à l'expression « lien juridique de subordination », explique le fondement d'un tel critère, par le fait que le salarié ne supporte pas le risque économique de son activité ; en contre-partie l'employeur se voit reconnaître une autorité et un pouvoir de direction.

Est-il exact d'admettre, lorsque l'on examine la complexité de la vie économique moderne, que le salarié ne supporte pas de nos jours, indirectement, le sort de l'entreprise qui l'emploie ? Peut-on dire que toute personne jouissant dans son travail d'une large autonomie, en l'absence de toute subordination juridique, doit être considérée comme non liée par un contrat de travail ? Telle est la situation du travailleur à domicile, du représentant de commerce, de l'agent d'assurances qui disposent de coudées franches dans l'accomplissement de leur tâche, sans être soumis à la direction étroite et au contrôle incessant d'autrui.

Ce critère traditionnel paraissant on ne peut plus restrictif et dépassé est l'objet de la part de l'école moderne d'une attaque visant à lui substituer un nouveau critère plus large, et prenant en considération la situation sociale et économique de celui qui fournit le travail.

Dans un article publié dans la revue critique de 1913 (57) M. Cuche expose son critère de dépendance économique : « Il y a dépendance économique, quand celui qui fournit le travail en tire son unique, ou du moins, son principal moyen d'existence, et quand d'autre part, celui qui paie le travail utilise régulièrement et entièrement l'activité de celui qui le fournit ». Cette conception est en partie reprise par la Société d'Etudes de Législation en 1906, lors de l'établissement d'un

(54) Civ. 9-3-1938, *Dal. Hebdomadaire*, 1938, p. 289.

(55) C. Civil, 17-3-1937 — S. 1937, I-188. Cass. 3-3-1926. D.P. 1927, I-93.

(56) D.P. 1927, I-141 — (Note Falcimaigne).

(57) *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail* — Rev. Crit. 1913, p. 412.

projet sur le contrat de travail. Elle ne devait pas être consacrée. Mais, un grand nombre d'auteurs s'en inspirent ensuite dans leurs ouvrages. On la retrouve dans le Précis de législation industrielle de Rouast et Durand : Le salarié est « l'individu qui dépend d'autrui pour la rémunération de son travail sans qu'il y ait à préciser s'il doit ou non travailler sous l'autorité de l'employeur » (58).

Ce courant de pensée trouve un puissant facteur d'appui dans la législation des Assurances Sociales d'abord, puis dans les textes portant organisation de la Sécurité Sociale. Si la thèse traditionnelle de la subordination juridique exclut de nombreuses personnes de la protection du droit du travail, peut-il en être de même en matière de protection sociale ? Ne convient-il pas d'y inclure certaines catégories de travailleurs économiquement faibles, dont la qualité juridique de salariés n'est pas nettement établie, ni unanimement reconnue. Si la loi du 3-4-1930 est muette sur ce fait, une circulaire ministérielle du 23-8-1930 précise la position de l'Administration : « doit être considéré comme salarié, quel que soit le mode de rémunération du travail, le travailleur qui se trouve placé, en fait, dans un rapport de subordination personnelle ou de dépendance économique à l'égard de la personne qui le rémunère ».

Dans ses arrêts des 6-7-1931, 22-6-1932, 30-6-1932, et 1-8-1932, la Cour de Cassation prend position contre cette interprétation et maintient son point de vue, même après que le décret-loi du 28-10-1935 eut entraîné l'affiliation « aux assurances sociales de tous les salariés et d'une façon générale de toutes les personnes travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs... quelles que soient la forme et la nature du contrat qui les lie ».

Dans un arrêt du 25-11-1936, la Chambre civile de la Cour Suprême (59) s'incline devant la loi, en faisant toutefois observer que « la qualité de salarié — en tant qu'elle implique un lien de subordination entre le travailleur et l'employeur, n'est pas une condition indispensable à l'assujettissement aux Assurances Sociales ».

Certains auteurs (60) veulent voir dans l'esprit de cette décision, une exception au système classique en matière d'Assurances Sociales.

En vérité on doit considérer que l'arrêt de la Cour marque une évolution sur la jurisprudence antérieure que les juridictions du fond ne devaient pas manquer de souligner.

Dans ses attendus, la Commission d'arrondissement d'Evreux du 11-5-1937, fait observer que « le texte nouveau tend de plus en plus à agrandir la catégorie des salariés en y englobant un grand nombre de travailleurs... dont la situation était confuse jusqu'alors ».

L'Ordonnance du 19-10-1945, dans son article 2 reprend les textes antérieurs et s'écarte délibérément de la subordination juridique pour se référer implicitement à la dépendance économique.

Dès lors, la tendance nouvelle marque des progrès considérables. L'idée de cette dépendance économique est réaffirmée par un certain

(58) *Précis de législation industrielle*, Ed. 1951, p. 465.

(59) S. 1937-I., Page 255 et D. 1937, I. 89, note Pic.

(60) Brun et Galland, *Droit du travail*, II. 33, Sirey 1958.

nombre de commissions contentieuses de la Sécurité Sociale, et par une partie de la doctrine (malgré la position formelle de la Cour de Cassation, plusieurs fois reprise par la suite).

Comment expliquer cette opposition de fond ? La thèse dualiste de la notion de rémunération ne permet-elle pas d'y apporter quelques clartés si on l'examine sous cet angle ? Les institutions de Sécurité Sociale viennent en aide aux travailleurs dans l'impossibilité de travailler ; les revenus distribués doivent-ils être réservés aux seuls salariés répondant à la définition juridique traditionnelle ? On assiste, en ce domaine, à un phénomène que le Professeur Durand a explicitement décrit dans un article paru à la revue du Droit Social de 1956 :

« A peine une nouvelle loi est-elle votée conférant des avantages à certains groupes sociaux, qu'un fléchissement se produit dans la vie sociale, vers les formes juridiques qui bénéficient de ce traitement de faveur » (61).

Le phénomène est particulièrement sensible dans le domaine de la législation sociale, dans laquelle il est visible que le droit du travail et le droit de la Sécurité sociale établissent des différences dans la condition juridique des travailleurs. C'est bien la notion de dépendance économique qui explique la meilleure adaptation au réel d'une règle toujours imparfaite dans son extrême généralité. Des courants se produisent qui portent les sujets appartenant aux groupes les moins avantagés par la législation de Sécurité Sociale vers celui auquel la loi réserve le plus de faveurs c'est-à-dire les salariés au sens juridique et contractuel. Il se produit alors une migration des individus d'un groupe social à l'autre dans le but de bénéficier des mêmes avantages. Par voie de conséquence, il y a mutation des règles juridiques.

On assiste à un élargissement de la notion de « salarié ». Cette migration vers le salariat est un des intérêts d'ordre intellectuel qu'offre la conception dualiste de la notion de rémunération.

Alors que de nombreux travailleurs étaient à l'origine exclus de la protection sociale parce qu'ils n'avaient pas la condition juridique de salariés, un mouvement se dessine du groupe des travailleurs dits « indépendants » vers celui des salariés, afin de bénéficier des avantages que représente l'attribution du « salaire social ».

Ce transfert, s'il est l'œuvre de la loi, comme dans le cas de travailleurs à domicile, des représentants de commerce et même aujourd'hui des artistes ou de ceux qui exercent des professions libérales (médecins, etc...) est le fruit des revendications des intéressés.

Le droit à la Sécurité Sociale exerce sur ces groupes sociaux une attraction indéniable. En leur conférant la qualité de salariés ou assimilés la loi assimile leur rémunération à un salaire et les avantages du salaire social leur sont accordés.

Le phénomène d'influence exercé sur le droit du travail par le droit de la Sécurité Sociale prend une portée encore plus étendue sur le plan technique.

(61) Paul Durand, *L'influence du Droit du Travail et du Droit de la Sécurité Sociale sur les formes de l'activité professionnelle*. Droit Social 1956, p. 145.

SECTION II

LES MULTIPLES INTERETS D'ORDRE TECHNIQUE
DE LA CONCEPTION DUALISTE

Cet intérêt d'ordre technique apparaît sur le plan de la notion de rémunération dont la définition cesse d'être rigoureuse et exacte, en raison des multiples interférences qu'exercent l'un sur l'autre le droit du travail et le droit de la Sécurité Sociale.

I. — *Le salaire dans le droit de la Sécurité Sociale et le droit du Travail.*

Quelle qualification exacte faut-il donner aux sommes reçues de l'entreprise par le personnel ? En effet, le salaire obéit à certaines règles précises quant à son taux et à son mode de paiement ; l'institution d'un salaire minimum interprofessionnel garanti pose la question de savoir si les sommes perçues seront parmi ces dernières, celles qui s'imputent ou non sur le SMIG ?

On est également amené à s'interroger sur la nature exacte d'une somme versée lorsqu'il s'agit de savoir si les institutions du droit du travail peuvent ou non s'appliquer, notamment dans le cadre des mesures de protection qui garantissent le paiement de la rémunération : saisie-arrêt, privilèges et super-privilèges, prescriptions brèves, restrictions à la saisissabilité.

Dans le droit de la Sécurité Sociale se pose le même problème, car le salaire sert à déterminer l'assiette des cotisations et à délimiter les bases de calcul d'une prestation.

La notion de salaire est-elle la même dans les deux branches du droit ? Il est difficile de l'affirmer si l'on observe les différences de rédaction des textes applicables, l'incertitude de la pratique et les contradictions de la jurisprudence partagée entre deux conceptions de la rémunération, l'une d'un caractère restrictif, l'autre d'un contenu extensif.

a. — *Dans le droit du travail.*

La Cour de Cassation dégage semble-t-il une idée directrice qui facilite la discrimination. Dans son arrêt du 11-5-1948 (62) elle pose un principe : « Toutes les allocations stipulées au profit de l'ouvrier en exé-

(62) JCP 1948, IV, 101.

— Bull. 1948 — N° 494, p. 534.

— c.f. ; Civ. 3-11-1937 — D.H. 1938, p. 50.

cution du contrat de travail, lorsqu'elles ne sont pas le remboursement de dépenses mises à sa charge, ont le caractère de rémunération et comme telles participent au salaire ».

Dans le droit du travail on ne trouve pas de définition résultant de la loi ; mais des lois spéciales ont apporté quelques directives générales d'interprétation. Ainsi la loi du 2-8-1949 (art. 60 a livre I du Code du Travail), en matière de saisie-arrêt, dispose que la procédure en question est applicable « aux sommes dues à titre de rémunération à toutes les personnes salariées ou travaillant à quelque titre et en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, quel que soit le montant et la nature de la rémunération, la forme et la nature de leur contrat ».

Au mot de salaire se substitue celui plus large de « rémunération » et même d'« allocations ». Ce simple changement terminologique illustre d'ailleurs la substitution du critérium de situation économique des intéressés au critérium juridique du contrat de travail. On retrouve la même définition dans l'art. 44 a du Livre I du Code du Travail, modifié par les Décrets des 24-12-1954 et 19-12-1959.

b. — *La Sécurité Sociale.*

Cette évolution est à rapprocher de celle suivie par la Sécurité Sociale ; si les domaines sont différents, la convergence des buts est incontestable. L'art. 31 *bis* de l'ordonnance du 4-10-1945, modifiée par la loi du 20-3-1954, dont on ne soulignera jamais assez l'importance (63), dispose que sont considérées comme rémunérations pour le calcul des cotisations, « toutes les sommes versées ou dues aux travailleurs en contre-partie ou à l'occasion du travail, notamment, les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisation ouvrière, les indemnités, primes, gratifications et tout autre gratification en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers, à titre de pourboire ».

En opposant les termes « salaires ou gains » et en donnant l'énumération de toutes les primes ou indemnités qui sont versées aux travailleurs, le texte de la loi de 1954 élargit considérablement la notion de salaire et lui substitue celle de rémunération qui englobe, en définitive, tout ce qui va accroître le patrimoine du travailleur.

Le législateur abandonne l'idée du salaire envisagé exclusivement comme la contre-partie de la prestation de travail et admet comme faisant partie intégrante de la rémunération, toutes les sommes versées à l'« occasion du travail ».

Une telle définition n'est-elle pas lourde de conséquences dans son imprécision et sa généralité ? Comment ne pas voir le danger qu'elle présente, puisqu'en définitive, les indemnités diverses allouées par les organismes de Sécurité Sociale sont attribuées par le fait et à l'« occasion du travail » ? On peut, à bon droit, soutenir que la notion de rémunération est singulièrement plus large que celle qui correspond à la définition du

(63) JCP 1954, III, 18-736.

mot « salaire » donnée par le Droit du Travail. Quelles limites lui assigner alors et quels principes directeurs appliquer pour la recherche d'une définition aussi exacte que possible de l'assiette des cotisations ? C'est évidemment au travers des décisions de jurisprudence et des interprétations ministérielles que l'on peut espérer trouver une solution.

Cependant, ni l'Administration, ni les Instances Judiciaires, n'abordent ce problème à fond. C'est là qu'apparaît tout l'intérêt de la thèse dualiste du concept de rémunération, qui présente cet avantage d'établir une distinction entre, d'une part, les sommes versées au travailleur en considération du travail fourni en vertu des dispositions légales ou réglementaires, des dispositions expresses ou tacites du contrat collectif ou individuel, ou encore des usages de la profession ou de l'entreprise, et d'autre part les sommes versées au travailleur par les institutions de Sécurité Sociale, à titre de revenus de complément ou de remplacement.

Le problème mérite d'autant plus d'être posé que le débat, sur ce point, vient de rejaillir à propos des prestations conventionnelles que certaines entreprises versent à leur personnel en cas de maladie ou d'accident, de sorte que celui-ci continue de percevoir un salaire entier, même en l'absence de toute prestation de travail.

Certains semblent vouloir préconiser ici la solution admise pour les prestations légales, en soutenant que les employeurs font office d'institution de Sécurité Sociale à titre complémentaire.

Toutefois la Cour de Cassation interprétant littéralement les termes de l'art. 120 du Code de la Sécurité Sociale ne fait aucune distinction entre complément ou substitut de salaire et inclut les prestations dites de « plein salaire » dans l'assiette des cotisations.

Notons, toutefois, la résistance de plusieurs Cours d'Appel qui, sensibles à la nature profonde de ces prestations, refusent d'y voir une rémunération soumise à cotisations.

Un débat similaire s'instaure à propos des avantages familiaux, versés directement par l'entreprise, en sus des prestations légales.

Certes, les prestations familiales, aux termes de l'art. 145 par. 1^{er} du R.A.P. du 8-6-1946, ne donnent pas lieu au versement des cotisations de Sécurité Sociale. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 11-7-1950, et la circulaire ministérielle 147 SS du 28-7-1950, précisent ce qu'il convient d'entendre par « prestations familiales ». Il s'agit exclusivement des prestations légales prévues par la loi du 22-8-1946 et les textes subséquents.

En revanche, la Cour de Cassation dans ses arrêts des 19-2-1954 et 15-11-1957 (64) marque une tendance à considérer les suppléments familiaux de traitements accordés à leur personnel par certains employeurs, en sus des prestations légales, comme un supplément de salaire et à les inclure dans l'assiette des cotisations.

Face à l'interprétation extensive de la jurisprudence, l'Administration adopte une position plus nuancée. Dans une réponse écrite, le ministère du Travail (65) établit une distinction et admet que les avantages

(64) Cass. Civ. 19-2-1954 II. *Sté Francolor* — JCP 1954, IV, Ed. G, D. 1954, 363 ; (cf. Com. Reg. de S.S. de Lyon 9-12-1949, JCP 1950, II, 5902 — Cas. 15-11-1957 — Dt. Soc. 1958 ; (cf. Com. d'ap., Paris 24-11-1960).

(65) N° 7664, J.O. Débats A. N. 19-6-1953, p. 3113.

familiaux versés par l'intermédiaire d'une organisation ou d'une institution étrangère à l'entreprise et distincte d'elle échappent aux cotisations ; même si cette organisation est financée par une cotisation patronale versée à la dite institution.

Toutes ces hésitations et ces contradictions expliquent le manque d'harmonie des solutions envisagées.

Cette absence d'unité trouve sa cause dans la difficulté de distinguer parmi toutes les sommes versées au travailleur, celles qui participent du salaire contractuel et celles qui n'en participent pas, et le problème se complique encore du fait que certaines indemnités versées directement par l'employeur dans le cadre du contrat individuel ou de la convention collective, contrairement aux attendus de la Cour d'Appel d'Orléans du 17-6-1959, semblent participer de la nature des prestations versées par les organismes de Sécurité Sociale, puisqu'elles sont allouées au cours d'une période pendant laquelle le salarié ne fournit aucun travail, comme le souligne la même Cour d'Appel.

On se trouve donc en présence d'allocations d'un caractère hybride dont la nature juridique reste mal définie, située à mi-chemin des prestations légales de S.S. et des indemnités versées par l'employeur en contrepartie de la prestation de travail, parce qu'elles réunissent à la fois les traits caractéristiques des unes et des autres.

Parvenus à ce point, nous pouvons nous rendre compte de tout l'intérêt du débat dont l'enjeu n'est pas purement théorique, étant donné qu'il faut admettre que le droit de la Sécurité Sociale exerce une profonde influence sur le droit du travail et en transforme les mécanismes juridiques. Cependant, il faudra bien se prononcer sur une théorie du salaire qui ne paraît pas avoir été posée sur le plan juridique jusqu'à ce jour mais qui mérite d'être examinée.

La thèse dualiste de la notion de rémunération permet-elle de répondre à cette question et surtout donne-t-elle la possibilité de dégager des règles acceptables à la fois, par le Droit du Travail et le Droit de la Sécurité Sociale ?

Ce sera précisément l'objet de notre analyse qui tend à marquer le rôle et l'influence exercés par le Droit de la Sécurité Sociale sur la notion de salaire.

De là, tout l'intérêt de l'interférence entre ces deux branches du Droit Social.

II. — *L'opposition apparente du droit du travail et du droit de la Sécurité Sociale.*

La doctrine s'efforce de définir le Droit du Travail en le situant par rapport aux autres institutions juridiques. Le salaire, parce qu'il rappelle au travailleur son assujettissement économique ou juridique représente pour lui son seul moyen de subsistance. En cherchant à l'améliorer, à le préserver, le salarié contribue à l'élévation de sa condition. Le Droit du Travail est né de la revendication des travailleurs ;

il s'est construit autour de la préoccupation de combattre l'inégalité de fait, entre employeurs et salariés (66), conséquence elle-même de la dissociation de la personne du travailleur et de la propriété des instruments de travail (67).

Un courant spécifique de la tradition française, représenté par MM. Scelle, Ripert et Josserand, considère le droit du travail comme un droit de classe. Cette opinion peut s'expliquer en ce sens que, historiquement, les premières lois de protection des travailleurs sont des lois « ouvrières ». On peut aujourd'hui leur faire le reproche d'en limiter les frontières à la classe ouvrière « stricto sensu », puisque le phénomène d'évolution du salaire montre qu'il dépasse largement le cadre du salariat et qu'il tend à régir les travailleurs économiquement dépendants.

Cependant, cette idée du « droit de classe » a fait de nouveaux progrès devant l'apparition du Droit de la Sécurité Sociale. Celui-ci est d'origine récente et en pleine croissance. Il s'est détaché du droit du travail dont il faisait partie en 1946. Jusque-là, les textes intervenus successivement en matière d'accident du travail (loi 9-4-1898 et textes subséquents) dépendaient du droit du travail. La loi du 11-3-1932 sur les prestations familiales était insérée aux articles 74 et suivants du Code du Travail.

Ces divers textes, après avoir été disjoints, font avec ceux relatifs aux Assurances Sociales l'objet d'une codification particulière. Et voici que cette nouvelle branche du droit paraît douée d'une faculté d'expansion plus forte que celle du droit du travail. Comme le fait remarquer M. Durand dans son traité de Droit du travail, ainsi que le souligne le Précis de Législation Industrielle (68), le droit du travail reste le droit qui gouverne les rapports juridiques naissant de l'accomplissement par un travailleur subordonné d'un travail pour le compte d'autrui. Il est le droit du travail « subordonné ». En est-il de même du droit de la Sécurité Sociale ?

Il suffit d'examiner la multitude des textes parus depuis l'ordonnance du 4-10-1945 pour s'en convaincre. Ils marquent la tendance expansive de la législation nouvelle, son potentiel de généralisation, son caractère dynamique.

Dès l'origine, dans la loi du 22-5-1946, le législateur a marqué son désir d'étendre la Sécurité Sociale à de nouvelles couches sociales avec, comme aboutissant, son application à toute la population.

Toutefois, cette nouvelle voie ne put être suivie et la loi du 22-5-1946, bien que toujours en vigueur, ne reçoit d'application pratique que dans un seul domaine, cependant important : celui de l'assurance vieillesse, qui traduit dans le concret le principe du droit au repos reconnu à tout être humain.

En outre, les prestations familiales ne sont plus comme dans le passé réservées exclusivement aux salariés mais bénéficient à tous les

(66) P. Laroque *Contx. Social et jurid. Soc. Dt. Soc.* 1954, p. 271.

(67) Lyon Caen, *Manuel du Travail et de la Sécurité Sociale*, p. 15.

(68) Rouast et Durand, *Précis de Législation Industrielle*, Dalloz. Durand et Vitu. *Traité du Droit du Travail*, Dalloz 1950.

membres de la nation chargés de famille sans prendre parfois en considération l'activité professionnelle (l'allocation de maternité). Si sur le plan des personnes couvertes, le système français présente un caractère partiel et lacunaire, il faut reconnaître que les textes publiés au cours de ces dix dernières années ont élargi considérablement le cercle des bénéficiaires.

Tout ceci conduit à une autre caractéristique qui distingue le droit de la Sécurité Sociale du droit du travail : leur place respective dans l'ensemble du droit. La question s'est posée de savoir si ces droits faisaient partie du droit privé ou du droit public. Un courant doctrinal tend à diriger le droit du travail vers le droit public (69), parce qu'ils seraient tous deux des droits d'inégalité. Le rapprochement de la condition juridique des fonctionnaires et des salariés incite à le penser ; en outre, le droit public repose tout entier sur l'inégalité nécessaire entre les intérêts généraux et les intérêts particuliers. M. Rouast écrit « La législation du travail tend à devenir une branche du droit public » (70).

L'examen superficiel de certaines situations pourrait le laisser croire. C'est ainsi, que la convention collective s'apparente à une véritable loi de la profession. On est en présence d'un règlement administratif qui fixe les rapports juridiques des parties et s'impose à eux, en dehors de leur volonté. C'est un contrat « imposé » et le contrat de travail conclu dans le cadre de la convention collective n'a plus le sens donné à un véritable contrat de droit privé, supposant des rapports libres et contractuels entre individus, entre intérêts particuliers.

Cependant le déclin de la liberté contractuelle ne doit pas faire illusion sur la nature des rapports qui s'établissent. Certaines nuances s'imposent. Il faut reconnaître que le droit du travail régit avant tout les rapports entre employeurs et salariés, donc entre simples particuliers et non entre les individus et la puissance publique. Le classer dans le droit public serait faire croire que l'intérêt général y domine alors que, dans les réalités sociales, le droit du travail se préoccupe de conflits d'intérêts privés qui se situent, certes, plus à l'échelle de groupements humains qu'au stade individuel, ce qui n'est pas pour atténuer les luttes d'intérêt dont il est le siège.

Cette remarque explique l'expression de droit privé collectif (71) sur lequel on a mis l'accent, et la tendance plus nuancée d'une partie de la doctrine (72) à inclure le droit du travail dans le groupe des disciplines mixtes, intermédiaire entre le droit public et le droit privé, en raison de son profond particularisme (73). S'il emprunte certaines des techniques du droit public, il reste partiellement « une branche du droit des obligations » (Marseille 27-6-55 I.C.E. 1956, p. 130).

C'est alors qu'apparaît l'opposition avec le droit de la Sécurité

(69) Coutelier, *Revue des Sociétés* 1952, p. 1.

(70) Planiol et Ripert, T. XI, Ed. 1954, p. 52.

(71) Lyon-Caen, *Manuel de Droit du Travail*, p. 27.

(72) Marty et Raynaud, *Traité de Droit Civil*, 1956, T.I. n° 44.

(73) P. Durand, *Le particularisme du Droit du Travail — Droit Social* — 1945, p. 498.

Sociale où les sujets de droit et d'obligation sont les bénéficiaires et les assujettis qui entrent en rapport avec une institution dont la gestion conserve, certes, un caractère privé, mais dont la parenté est certaine avec les grands services de l'Etat.

Si les modalités de gestion de ces organismes sont très différentes de celles que comporte le fonctionnement des habituels services publics administratifs, les rapports qui s'établissent demeurent-ils des rapports de droit privé ? Certes non.

L'obligation du paiement des cotisations pèse sur l'employeur en vertu de textes d'ordre public auxquels il n'est pas possible de déroger, puisqu'émanant de la puissance publique.

Cette obligation s'apparente en tous points, à celle qui incombe aux citoyens qui contribuent au financement du budget de l'Etat, malgré les différentes nuances qu'il convient d'établir entre la nature juridique de l'impôt et la nature juridique des cotisations.

Sur le plan « obligation » la similitude est frappante. Le droit aux prestations qui s'ouvre aux bénéficiaires de l'Institution est fixé par l'autorité publique. Et si les organismes disposent d'une action propre dans le domaine de l'action sociale qui constitue la partie vivante de leur autonomie de gestion, le montant des droits garantis est fixé dans les règlements intérieurs qui doivent recevoir l'approbation de l'Administration supérieure, donc de l'Etat, avant de rentrer en vigueur, et de recevoir leur plein effet.

Sur le plan juridique est-il exact de dire que les institutions de Sécurité Sociale s'interposent dans les relations qui s'établissent entre employeurs et salariés ? Force nous est de constater que les règles de l'assurance sont altérées puisque dans la technique de l'assurance privée l'organisme assureur se borne exclusivement à mettre en rapport la victime et la personne assurée ; s'il y a parfois substitution de personnes, les relations restent de nature contractuelle et bilatérales. D'autre part, le contrat d'assurance postule le principe de la proportionnalité de la prime au risque, le droit des obligations étant fondé sur l'équilibre des prestations échangées.

Plus rien de tout cela ne se retrouve dans la notion de Sécurité Sociale ni même dans la technique ancienne des Assurances Sociales qui l'a précédée. Les rapports juridiques qui naissent sont parallèles, mais distincts ; ils s'établissent d'une part entre les employeurs et les institutions de Sécurité Sociale et d'autre part, entre ces dernières et les divers bénéficiaires. Dès lors que les conditions d'ouverture du droit aux prestations sont remplies, l'assuré percevra ses indemnités, même dans le cas où sont remplies, l'assuré percevra ses indemnités, même dans le cas où l'employeur n'acquitte pas ses cotisations.

La règle « non adempti contractus » ne joue pas en la matière. Le fondement de notre droit privé : l'obligation, ne s'applique plus dans ce domaine. Elle change de physionomie, peut-être même de structure. Les principes du droit privé font place ici à des notions de droit public accentuées par le caractère de Service Public de l'institution. Les rapports juridiques deviennent des rapports légaux, imposés par voie

d'autorité (74). Leur finalité est sociale : développer en faveur d'une catégorie sociale les mesures de protection, au détriment d'une autre catégorie sociale dont la situation économique est trop prépondérante. Le droit des obligations est celui de la contrainte individuelle, son objet est une prestation « qu'un homme peut exiger d'un autre homme ». L'obligation consacre une inégalité de situation juridique.

Voici qu'à ce lien juridique, par la substitution de la contrainte légale à la contrainte individuelle, font place des rapports collectifs imposés par des règlements et méthodes de droit public.

Cette opposition est-elle cependant aussi fondamentale qu'elle le paraît ? Une telle conclusion est à rejeter, car il existe inévitablement, entre les deux droits, des points communs où le contact s'établit. L'un des plus caractéristiques paraît précisément être la notion de rémunération, objectif commun aux deux droits qui s'entremêlent et établissent entre eux des liens si étroits, qu'il est parfois difficile de déterminer l'influence réciproque exercée par l'un sur l'autre.

La sécurité sociale vise à assurer la garantie des revenus provenant du travail (75) ; elle est, par là, un des éléments de la politique du salaire. La technique des conventions collectives tend de plus en plus, elle aussi, vers la sécurité de la rémunération qui est à l'ordre du jour. Les accords Peugeot du 10-12-1955, et ceux de Renault du 15-9-1955 illustrent la conjonction des deux disciplines. Le travailleur, conscient de sa sujétion économique, estime qu'une rémunération équitable et garantie est une condition nécessaire à sa libération. Alors les figures juridiques se transforment ; les concepts traditionnels prennent un contenu formel. Le moment n'est-il pas venu dans ce domaine d'essayer de faire le point ?

La recherche d'une préhension plus complète du concept de rémunération est de nature à contribuer à la progression, peut-être faible, mais positive des différentes disciplines.

(74) P. Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, *Revue Trimestrielle Dt. Civil* 1944, pp. 73 et suivantes.

(75) P. Durand, *Polit. Contemp. de la S.S.*, p. 19.

CONCLUSION ET PLAN D'ETUDE

Nous avons dégagé les intérêts qui s'attachent à l'étude que nous allons entreprendre. Nous les retrouverons à chaque instant au cours de divers développements bien que dissimulés sous l'aridité des faits juridiques. Un point reste acquis : l'accélération de l'histoire, aujourd'hui constatée, semble imposer l'accélération du droit (76). Le phénomène d'évolution du salaire est un champ immense d'expérience, car il représente un domaine peu exploré dans l'ordre juridique. Par son contenu éminemment humain, il oblige à élargir notre horizon et à rechercher sous les institutions juridiques les faits économiques et sociaux. S'il est vrai comme le dit M. Burdeau que : « l'idée du droit est tout entière tournée vers le futur », que le droit, suivant la philosophie Hegelienne, est « un éternel devenir », il faut admettre que ceci s'applique en tout point à la notion de rémunération qui a subi au cours de ces dernières années un véritable bouleversement. Il nous paraît donc logique d'examiner dans une première partie, la nature et les formes prises par la révolution qui est en train de s'accomplir, afin de dégager le contenu de la conception dualiste de la notion de salaire.

Nous n'ignorons pas les difficultés qu'une telle analyse comporte. Elle permettra, cependant, de dégager le rôle important joué par la législation sociale dans la valorisation du travail humain. Cette promotion de l'homme explique l'apparition d'un concept nouveau : le salaire social ou revenu social dont il faut préciser les traits caractéristiques et les données juridiques. Notion moderne douée d'une expansion telle qu'il est possible d'entrevoir les multiples prolongements qu'elle peut être appelée à avoir dans le cadre de nos règles et institutions juridiques.

Cependant, certains pourraient être saisis d'effroi devant le but de la nouvelle législation sociale de faire disparaître l'inégalité (77) qui apparaît aux hommes comme injuste, parce qu'elle n'est plus considérée comme fatale. Ils rappellent ce que disait Bergson : « l'égalité ne s'obtient jamais qu'aux dépens de la liberté » (78), et annoncent que les hommes se sont engagés sur la route de la servitude » (79). Faut-il parler de « déclin du droit » parce que de nouveaux concepts apparaissent qui marquent que le droit est une science dynamique, une science en perpétuel

(76) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 33.

R. Savatier, *Le droit et l'accélération de l'histoire*, ch. D. 1951, p. 29.

(77) Ripert, *op. cit.*, p. 305.

(78) Bergson, *Les deux sources de la Morale et de la Religion*, 1934, p. 79.

(79) Hayet, *La route de la Servitude*, 1945, p. 63.

mouvement (80) ? C'est à notre avis une vision pessimiste aussi exagérée que l'attitude optimiste de ceux qui ne savent parler d'une institution que pour en signaler la trop lente évolution dont ils souhaitent l'accélération.

Personne ne songe à nier que le droit évolue, ni que cette évolution se soit précipitée (81) vers la fin du siècle dernier et de nos jours. Mais dire qu'il « évolue », c'est par là même reconnaître que l'essentiel demeure.

C'est pourquoi notre deuxième partie s'attachera à démontrer la survivance du concept classique du salaire dans le cadre du droit de la Sécurité Sociale : la prestation de travail reste déterminante du paiement du salaire qu'il soit social ou individuel.

Peut-être notre observation dans ce domaine prendra-t-elle un tour quelque peu critique en vue de la recherche d'une amélioration possible de notre système actuel de Sécurité sociale. On a parlé de « législation bienfaisante » (82), dont bien des commerçants, bien des métayers, bien des artisans entendraient profiter tout en conservant la condition juridique de « capitalistes » (83). Bien que l'idée de sécurité remonte aux origines il est à espérer que l'étude approfondie des textes élaborés au cours des dernières années permettra de déceler quelles fictions pourraient être détruites et quelles améliorations apportées.

Le droit à la sécurité de la vie, proclamé par la Constitution de 1946 et la Déclaration Universelle des droits (art. 22), reste toujours un programme à réaliser pour qu'il puisse enfin s'analyser comme une « liberté concrète ».

« Proclamer que toute personne à droit » représente certes une idéologie d'une singulière puissance (84), mais qui n'octroie à ce jour qu'une sécurité minima qui ne peut transformer radicalement la condition de ses bénéficiaires au point de dire que se trouve réalisé le rêve de voir tous les hommes vivre « dans la dignité avec des chances égales » (85).

(80) Ripert, *op. cit.*, p. 29.

(81) Ripert, *op. cit.*, p. 28.

(82) Ripert, *op. cit.*, p. 298.

(83) R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, p. 298.

(84) Ripert, *op. cit.*, p. 293.

(85) Pierre Laroque, *Réflexions sur le problème social*, p. 140.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA CONCEPTION UNITAIRE
A LA CONCEPTION DUALISTE
DE LA NOTION DE SALAIRE

« C'est par le dedans, plus que par leur aspect formel, que les institutions juridiques se transforment », écrit le Professeur Savatier dans son ouvrage « Les Métamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui »(1). Les articles du Code Civil qui définissent le salaire n'ont subi aucun changement, mais le tout a été en réalité transformé par le triomphe des ressources du travail et le développement de la Sécurité Sociale. L'évolution et l'éclatement de la conception « unitaire » de la notion de rémunération montrent quel sens il convient de donner au dualisme qui se dégage sur le plan du fondement juridique de la rémunération. La nature intrinsèque des moyens d'existence de ceux qui vivent de leur travail ne trouve plus sa cause dans un fondement unique, le travail individuel. Ceci rend précisément délicate l'analyse juridique, car la rémunération du travail lui-même prend les formes les plus diverses. D'une manière générale, on désigne les compléments ou substituts du salaire, aux appellations variables, par l'expression d'accessoires du salaire. Les uns s'apparentent au salaire proprement dit par leur caractère de constance et de certitude, les autres s'en détachent par leur contenu divers et aléatoire.

Tel est l'aspect formel qui laisse entrevoir une multiplicité des formes de rétribution remise au salarié, soit par l'employeur, soit par des tiers (comme les pourboires), soit encore par les institutions de Sécurité Sociale. La règle simple et naturelle du Code Civil de 1804, qui voyait dans le salaire la prestation fournie par l'employeur, contre-partie du travail qui a été effectué à son profit, s'est avérée trop étroite. Ce développement soudain explique la terminologie hésitante qui qualifie les sommes versées « d'indemnités », « libéralités », « gratifications », « commissions » ; le même vocable est appliqué souvent à des notions différentes. Le régime juridique de ces rétributions est très diversifié.

La « délimitation » de la notion de salaire suppose une approche du problème par deux voies qui se complètent et se servent mutuellement de support. Il est nécessaire d'abord de faire appel à la notion de cause afin de vérifier si celle-ci nous permet de découvrir, sous des dénominations variées, le contenu réel de la notion de rémunération. Cette recherche révèle le bouleversement capital qui affecte la conception classique unitaire du salaire ; ensuite, en fonction des résultats auxquels aboutira cette première analyse, il sera possible d'examiner si le fondement juridique de l'ensemble des éléments qui constituent le « revenu » du travailleur conserve encore un caractère unitaire et, dans la négative, de tenter une construction juridique à partir d'une conception dualiste de la notion de rémunération.

(1) R. Savatier, *op. cit.*, p. 7.

1^{er} ASPECT DU PROBLEME et la THEORIE DE LA CAUSE.

La conception classique du salaire découle du jeu normal des règles de la théorie générale des obligations. Salaire d'une part et prestation de travail de l'autre sont deux obligations réciproques dont l'interdépendance se traduit par un fait capital : l'inexécution par l'une des parties, l'employé, de sa propre obligation, la prestation de travail, dispense l'autre, l'employeur, d'exécuter la sienne, c'est-à-dire le paiement du salaire. C'est l'application pure et simple du principe de connexité des obligations, dégagé par le droit canonique dès le XIII^e siècle dans la formule « Non servandi fidem, non est fidem servanda » : on n'a pas à tenir sa parole à l'égard de la personne qui ne tient pas la sienne (2).

Cette analyse confirme l'idée que des obligations réciproques se servent mutuellement de cause. Le salaire a bien sa cause dans la prestation de travail. Il en est bien ainsi puisque, à travers le contrat de travail liant les deux parties, l'employeur ne s'engage qu'en considération d'une contre-partie l'incitant à assurer sa propre obligation. C'est la considération d'une contre-prestation au profit de l'employeur qui fait naître en faveur de l'employé *le droit au salaire*.

On conçoit aisément que cette conception du salaire est fondamentalement unitaire et par celà même ne soulève aucune difficulté particulière : le salaire a une cause toujours la même dans ce type de contrat déterminé qu'est le contrat de travail, et cette cause est la prestation de travail. Envisagé sous cet angle, on peut admettre, selon M. Durand, que la cause du contrat de travail ne saurait être illicite ou immorale car l'équilibre dans les rapports liant l'employeur et le salarié permet de réaliser l'équité par la notion de connexité, complétée par celle d'équivalence (3).

Cette construction juridique fait abstraction de la personnalité même des co-contractants et notamment de celle du salarié ; elle attribue au salaire une cause qui est essentiellement *économique* et *objective* : c'est parce que le salarié accroît par son travail l'actif de son employeur qu'en compensation se produit la naissance d'une valeur économique équivalente, la créance de salaire. Le salaire est le prix du travail (4).

Dans l'ordre juridique on assiste cependant à un véritable bouleversement de la conception classique.

À l'idée traditionnelle du salaire, prix du travail, se substitue une notion moderne du salaire, celle de *rémunération du travailleur*. La similitude apparente des expressions ne doit pas nous tromper. Parler de rémunération du « travailleur » ou de « rémunération du travail », n'est-ce pas au fond exprimer la même idée sous deux formes différentes ? Il nous est permis d'en douter. En prenant en considération l'aspect

(2) Henri et Léon Mâzeaud, Jean Mâzeaud, *Cours de Droit Civil*, T. II, pp. 204 et 5.

(3) Durand, *Traité de Droit du travail*, T. II, n° 169, p. 302.

(4) Voir E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 117.

alimentaire du salaire, on introduit dans l'analyse juridique un facteur capital : la personne du travailleur, ignorée totalement par la théorie traditionnelle. Le travailleur qui s'engage au service d'autrui dans le but de bénéficier de cette contre-prestation qu'est le salaire, engage sa personnalité tout entière par le jeu des mécanismes juridiques nés d'un contrat de droit privé. Si l'on admet dès lors le travail comme une émanation de la personne humaine, peut-on concevoir que celle-ci puisse faire l'objet d'un commerce juridique ?

Le droit classique apporte à cette question une réponse affirmative fermement attachée aux principes du droit romain. En revanche le droit contemporain commence à s'inscrire en faux contre une telle idée et annonce une nouvelle orientation : il envisage le maintien de la rémunération au travailleur, en tout ou partie, dans certaines conditions, en l'absence de toute prestation de travail. On quitte le terrain contractuel puisque celui-ci suppose la connexité et l'équivalence des obligations.

Comment expliquer la métamorphose subie par cette institution juridique qu'est le salaire ? Est-il possible néanmoins de faire appel à la notion de cause ? Il semble que le juriste ne puisse avoir d'autre alternative, s'il désire apporter au problème ainsi posé une réponse scientifique.

Quelle est la cause de l'obligation du salaire à défaut de prestation de service ? On est forcé dès lors d'abandonner le domaine de la définition classique et essentiellement technique de la cause, considérée comme abstraite et objective, pour aborder la notion de *cause concrète et subjective*. Il faut envisager les mobiles psychologiques qui amènent le travailleur à assumer sa propre obligation pour dégager le nouveau fondement juridique du salaire. Quelle est cette cause impulsive et déterminante — cette « *causae remotae* » — qui amène le salarié à conclure un contrat de louage de services ? La plupart des auteurs soutiennent que la cause se réduit, dans cette hypothèse, à l'examen des motifs qui sont contingents et variables selon les individus (5). En vérité, dans les rapports du travail lorsqu'on répond à la question « *cur débitur ?* » (pourquoi le salarié consent-il à s'obliger ?) la réponse est identique pour tous : le salaire est la raison de vivre de celui qui loue sa force de travail à autrui.

C'est l'élément psychologique fondamental du contrat de travail. Dans les autres contrats synallagmatiques, l'obligation du débiteur peut avoir plusieurs mobiles. Pourquoi ai-je voulu acquérir une maison ? Plusieurs raisons peuvent motiver ma volonté d'acquisition : le désir de l'habiter, de la revendre, de la donner, qui n'ont aucun intérêt juridique. Les mobiles ne s'identifient pas ici avec la cause du contrat puisqu'ils varient à l'infini selon les espèces. Toute autre est la situation du salarié : il « loue » ses services parce que le salaire est son seul moyen d'existence ; et cet élément d'ordre purement psychologique est le même chez tous ceux qui concluent un contrat de travail. Il est difficile de concevoir l'existence d'un autre mobile déterminant ; on ne travaille pas pour économiser, ni par lucre. Le salaire a donc une *cause objective* et *écono-*

(5) Mazeaud, Gaudemet, *op. cit.*

mique et un motif d'ordre psychologique et subjectif qui se confondent. Par son caractère alimentaire, il devient une créance personnelle à celui qui s'oblige et dont il ne peut être privé, même s'il n'est plus en mesure de se libérer de sa propre obligation. Le salaire peut exister sans contre-prestation de la part de son bénéficiaire.

2° ASPECT DU PROBLEME et L'IDEE DE FONDEMENT JURIDIQUE

La recherche du fondement juridique de tous les éléments qui, réunis, représentent les moyens d'existence de celui qui loue sa force de travail, met en évidence l'apparition d'une notion nouvelle jusque là dégagée seulement sur le plan de l'analyse économique : le salaire social. La valeur juridique de ce concept mérite d'être examinée. Certains auteurs ont voulu y voir la manifestation d'une des tendances générales de l'époque contemporaine : la socialisation du droit. Ils entendent par là rejeter l'idée d'une organisation socialiste des rapports du travail pour ne voir qu'une simple substitution : à l'obligation individuelle du paiement de la rémunération imposée à une entreprise fait place, dans notre droit moderne, une obligation collective que supporte le groupe social et qui incombe à des organismes de caractère administratif, notamment les Caisses de Sécurité Sociale. La coexistence de ces deux obligations, l'une individuelle et contractuelle, l'autre collective et para (ou extra) contractuelle, est le trait dominant du contenu dualiste de la notion de rémunération.

Le travailleur est rémunéré pendant certaines périodes d'« inactivité » et ces éléments de substitution du salaire, aux sources les plus diverses, semblent trouver leur cause juridique dans le travail, ce qui apparaît, de prime abord, en contradiction avec les principes rappelés précédemment. Le salaire, par un phénomène de scissiparité, semble se scinder en deux parties : l'une allouée pendant la période active, en vue de procurer au travailleur des « prestations » dans l'immédiat, l'autre, qui lui sera remise dans l'avenir, lorsqu'il ne pourra plus effectuer de travail (6). Cette « mutation » met en relief l'idée dégagée par la doctrine et la jurisprudence française, sur le caractère alimentaire reconnu au salaire, lequel ne serait plus considéré comme la simple contrepartie du travail fourni, mais également comme la ressource nécessaire au travailleur pour vivre et faire vivre sa famille. C'est précisément quand l'agent ne peut plus fournir de travail qu'il a besoin d'être garanti.

Avant de dégager la notion de salaire social et ses caractères originaux, il importe de suivre à travers les décisions de la Jurisprudence et les textes législatifs, les perturbations apportées à la conception classique du salaire par la multiplication des formes différenciées de rémunération du travail. On y retrouve les germes de l'évolution et de la transformation de la structure même du salaire, dont le développement s'est trouvé conditionné par l'attitude du monde social, face à des lois ou des institutions juridiques. Le législateur ne peut prévoir les « réactions du

(6) Julliot de la Morandière, *De la récupération des cotisations*, D. 61, p. 132.

monde du travail devant l'application effective des lois sociales » (7), car le comportement de celui-ci devant la loi est parfois imprévisible (8).

Aussi convient-il d'examiner dans quelle mesure les groupes sociaux les adoptent ou tentent d'y échapper. L'étude de cet aspect sociologique permettra peut-être de mieux comprendre comment les concepts s'élaborent secrètement, de façon insidieuse, dans un monde animé par de puissantes forces où la loi n'est qu'un facteur d'évolution, important certes, mais qui se combine avec d'autres (9).

(7) Mario Deveali, *Droit social*, 1949, p. 103.

(8) P. Durand, *op. cit.* *Droit social* 1956, p. 145.

(9) Id. *Ibid*, p. 145.

TITRE I

LE BOULEVERSEMENT DE LA CONCEPTION CLASSIQUE UNITAIRE DU SALAIRE

Il suffit d'avoir du Code Civil une vue panoramique pour mesurer l'importance prépondérante de la fortune acquise. 1766 articles y sont consacrés aux biens et parmi eux, la plus grande part revient aux immeubles parce que ceux-ci représentent une fortune particulièrement stable et durable. Que représente maintenant la fortune acquise, objet des soins du Code, au regard de la masse des produits du travail ? Pourtant, à l'époque, le Code de 1804 ne donnait et il ne donne encore actuellement, aucune définition légale du salaire. Il ne consacre que deux articles, les articles 1780 et 1781, au contrat de louage de services, pour préciser, en réaction contre la féodalité, l'interdiction faite aux « domestiques et ouvriers » de louer leurs services à vie. Si l'on recherche dans les textes la conception originaire du salaire, il faut faire appel à l'article 1710 qui définit le louage d'ouvrage (Chap. 1^{er} du Titre I du Code Civil) dans lequel se trouve classé le louage de services : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

Le salaire est donc la contre-prestation due à une personne, le salarié, par l'employeur, en échange du travail effectué à son profit. On trouve également cette définition dans le Jurisclasseur du Travail (1959) : « Le salaire constitue la rémunération de l'activité d'un travailleur dépendant ». Soulignons que, dans la terminologie courante, on emploie les termes d'« appointements » chez l'employé ou de « traitement » chez le fonctionnaire, de « cachets » chez les artistes ou de « gages » chez les domestiques, mais il s'agit d'expressions adaptées à chaque catégorie sociale dont le particularisme se traduit dans le vocabulaire.

Le salaire est donc en corrélation étroite avec le travail qui en est la cause juridique. Il est un des éléments fondamentaux du contrat de travail. Cette conception s'est transformée. Un arrêt de la Cour de Cassation, qui peut paraître exceptionnel, admet cependant qu'en vertu d'un accord particulier, un employé peut recevoir un salaire de son employeur sans fournir de travail, dès lors qu'il demeure à sa dispo-

sition (1). On conçoit donc à la limite un contrat de travail sans prestation de travail. En revanche, la Jurisprudence dominante considère qu'il y a inexistence du contrat de travail lorsque le salaire fait défaut : dans un arrêt du 3-8-1942 (2) la Cour de Cassation décide que le coup de main bénévole ne constitue pas un contrat de travail, bien que la doctrine estime le contraire (3).

Cette solution est adoptée en Belgique et le Code Français des Territoires d'Outre-Mer fait état de la rémunération pour définir le travailleur (art. 1^{er} Al. 2). Les auteurs estiment, également, dans l'hypothèse inverse, qu'une rémunération n'est due que si le salarié a exécuté la prestation de travail (4). Un lien de connexité s'établit entre le paiement du salaire et l'exécution du travail. Les deux obligations sont interdépendantes et l'inexécution du travail dispense normalement le chef d'entreprise de l'obligation de payer le salaire (5). Il s'agit, en vérité, de l'application à la relation de travail d'une règle générale de la théorie des obligations en vertu de laquelle une des parties au contrat peut suspendre l'exécution de sa propre obligation, lorsque son co-contractant n'a pas accompli la sienne : « l'exceptio non adimpleti contractus ».

Il n'y a là, en fait, rien d'anormal, puisque nous sommes dans le domaine contractuel, d'autant plus que le contrat de travail est un contrat à exécution successive. Le salarié, quelle que soit la cause de son inaction, légitime (maladie — mobilisation — accident) ou non, ne pourra prétendre à une rétribution quelconque. Ce principe est maintes fois confirmé par une Jurisprudence constante (6). Cette règle est réaffirmée dans l'hypothèse d'une interruption collective du travail pour fait de grève. Dans un arrêt du 1-6-51 la Chambre Sociale de la Cour de Cassation (7) relève que les salariés ne peuvent prétendre, en droit, au paiement des journées de grève, puisque la prestation de travail n'a pas été exécutée. Cette solution est justifiée par les attendus suivants : « Par l'effet de la suspension, chacune des parties se trouve dispensée de mettre à exécution les obligations qui lui incombent, à savoir, pour les salariés de fournir un travail et pour les employeurs de verser un salaire » (8). La juridiction administrative se prononce dans ce sens, à propos du traitement des fonctionnaires en grève, en posant la règle de l'amputation « prorata temporis » (9).

Notre droit moderne n'applique cependant pas ce principe dans toute sa rigueur. Une profonde évolution s'est produite : dans de nombreuses hypothèses où la prestation de travail est suspendue, le travailleur continue de percevoir tout ou partie de la rémunération en raison des

(1) *Ch. Soc.*, 29-1-1953, *Drt Social*, 1953, p. 352.

(2) D.A. 1943, I, I. et *Drt Social*, 1943, p. 231.

(3) Durand, *Traité*, T. I, n° 178.

(4) Brun et Galland, *op. cit.*, n° II, 242.

(5) Durand et Vitu, Tome II, p. 600.

(6) Arrêts de la Cour Suprême des 3-3-1939 — GP 1939, II 59 ; 18-12-1947 — JCP, 1948, II 4167 ; 27-5-1949 — JCP 1949, VI 088.

(7) *Droit Social*, 1951, p. 530, 2^e espèce.

(8) *Ch. Social*. 5-3-1953, *Droit Social*, 1953, p. 226.

(9) C.E., 9-4-1954, *Droit Social*, 1954, p. 617.

dispositions du contrat, de la convention collective, ou bien même et surtout du fait de la loi.

Le salarié se voit allouer des prestations ou indemnités diverses qui viennent relayer l'absence du salaire proprement dit, notamment en cas de maladie, de vieillesse, de congés payés, ou de chômage. Dans le cadre de la technique contractuelle cette construction juridique est-elle explicable ? Sans aucune doute sous réserve d'admettre que la rémunération du travailleur cesse d'avoir un régime juridique unitaire.

D'abord, à la rémunération traditionnelle, prix du travail fourni, viennent s'adjoindre de nombreux compléments aux modalités les plus diverses qui modifient le contenu forfaitaire du salaire et lui impriment parfois un caractère aléatoire et variable, notamment, lorsque le salarié est « intéressé » à la prospérité de l'entreprise. Certains de ces compléments prennent même en considération les charges de famille. On est tenté, dans certains cas, de considérer que ces éléments de complément du salaire n'ont plus leur cause dans la prestation de travail individuelle. Cette transformation « externe » du concept de salaire demeure dans certains cas purement « formelle » : elle ne bouleverse pas l'analyse classique ; le travail reste la cause juridique du salaire et de la plupart de ses compléments. C'est ce qu'il convient de vérifier en recherchant la nature juridique de ces derniers.

Ensuite, et en revanche, à ce premier phénomène d'évolution vient de juxtaposer un second phénomène, la transformation « interne » du concept de salaire, marquée par l'apparition, à côté du salaire proprement dit, d'éléments de rémunération qui se substituent à celui-ci, lorsque la prestation de travail est interrompue. Peut-on expliquer la nature juridique de ces substituts en faisant appel à la théorie classique du droit des obligations ? C'est très problématique car le principe de connexité des obligations n'a plus de support juridique : ici, le bouleversement de la conception classique du salaire est total. Il n'y a plus ni obligation ni prestation corrélatives ; la rémunération est maintenue au travailleur en considération de la personne de celui-ci et non plus de la prestation de travail. Est-il possible néanmoins de dégager une théorie du salaire d'inactivité ?

C'est le second point capital qu'il conviendra d'examiner.

Sous-Titre I

LA TRANSFORMATION EXTERNE DU CONCEPT DE SALAIRE (ou les ELEMENTS de COMPLEMENT du SALAIRE)

Le point de départ de cette transformation externe du concept de salaire a pour raison une double série de préoccupations qui, bien que ne procédant pas des mêmes causes, convergent vers une finalité identique : compléter la rémunération du travailleur, qui peut paraître dans certains cas insuffisante et de nature à menacer son niveau de vie.

L'une de ces préoccupations trouve sa source dans la doctrine catholique du XIX^e siècle. Pour la première fois, on assigne au salaire une fonction familiale et l'individu n'est plus seul en cause. Le travailleur doit recevoir une rémunération équitable assurant sa subsistance et celle de sa famille. Le salaire, prix de la force de travail, étant insuffisant pour permettre au travailleur d'assurer l'entretien et l'éducation de sa progéniture, il faut lui attribuer des indemnités de complément en vue de corriger la rigueur de la justice commutative, née du contrat.

Cette sollicitude à l'égard des besoins familiaux du travailleur donne le jour à toute une législation en faveur de la famille et surtout à la législation des allocations familiales. On en découvre aujourd'hui le prolongement dans les constitutions modernes qui s'attachent à préciser comment la protection du niveau de vie de la famille doit être assurée. Dans plusieurs textes, on relève même le terme de « salaire familial » : « La République assure à tout travailleur... le salaire minimum et familial » (art. 46, Constitution de la République Espagnole de 1931). « Pour assurer la défense de la famille, il appartient à l'Etat d'encourager l'adoption du salaire familial » (art. 14 de la Constitution de 1933 du Portugal).

On retrouve, sous diverses formes, cette notion de rémunération équitable, compte tenu des besoins de la famille, dans nombre de constitutions récentes. La fixation du salaire ne répond plus à un prix économique, mais repose sur une conception psychosociologique.

La seconde préoccupation se rattache à une doctrine nouvelle qui fait reposer les liens entre employeurs et salariés sur une notion dégagée d'abord en Allemagne au 19^e Siècle et reprise dans un but de systématisation par certains auteurs : « la relation de travail ». Rejetant la théorie traditionnelle qui présente les rapports du travail sous un carac-

tère exclusivement contractuel, comme de simples obligations de donner et de faire, cette nouvelle conception rattache le louage de services au droit des personnes ; ayant pour objet une activité humaine, celui-ci engage la personne comme telle (1). L'entreprise est une communauté d'efforts ; non seulement l'ouvrier lui apporte son énergie mais il fait partie intégrante de l'entreprise (2) ; il fait corps avec elle. Cette dernière s'apparente ainsi à la société politique et au groupement familial. Dès lors, le sort de l'ouvrier est lié à la prospérité de l'entreprise ; aux rapports patrimoniaux nés du contrat, se mêlent des éléments de caractère personnel. On a désigné longtemps ces suppléments de salaire sous le nom de « libéralités », ou même d'« indemnités », en voulant y voir surtout le fait de la générosité de l'employeur.

Mais voici qu'aujourd'hui la notion d'acte à titre gratuit du patron, « père » de l'ouvrier, disparaît peu à peu et une nouvelle idée marque l'aspect onéreux de ces « donations » qui s'inscrivent, en réalité, dans le contexte du contrat de travail pour apparaître comme des formes, particulières peut-être, de la rémunération du travail, mais dont le fondement juridique reste au même titre que le salaire lui-même, le travail de l'homme. C'est cette évolution que nous allons retracer pour mieux mettre en évidence le contenu juridique de la notion de rémunération.

(1) Durand et Vitu, *Op. cit.*, p. 201.

(2) Julliot de la Morandière, D. 61, p. 130.

CHAPITRE I

LES COMPLEMENTS DU SALAIRE A FINALITE SOCIALE

Dans le cadre traditionnel du contrat de louage de services, il ne peut être question, lors de la discussion des parties, de prendre en considération la situation de famille du salarié. Celui-ci ne loue que sa force de travail et elle seule, le taux des salaires restant indifférent aux besoins familiaux de l'individu. Cette conception, purement économique, est combattue par la doctrine catholique à la fin du siècle dernier. Le Pape Léon XIII, dans son encyclique *Rerum Novarum* du 15-5-1891, proclame que la rémunération du travailleur doit être « juste », afin d'assurer sa subsistance et celle de sa famille. Un tel objectif paraît difficilement réalisable à l'aide des techniques juridiques existantes, qui rejettent l'idée que le prix du travail ne soit plus fonction de la nature, de la qualité et de la quantité des services accomplis par chacun. Aussi, la même année, un économiste éminent Paul Leroy-Beaulieu rappelle cette loi inexorable dans son « traité d'Economie Politique » : « Le même ouvrage ne peut avoir un prix différent suivant qu'il a été fabriqué par un travailleur ayant deux ou trois enfants ou bien huit ou dix. S'il en était autrement, personne ne voudrait plus occuper des ouvriers ayant une nombreuse famille, les célibataires seraient seuls recherchés. »

Cependant le prodigieux développement des prestations familiales issues, à l'origine, de la pratique de certains patrons catholiques d'allouer à leurs ouvriers, ayant une nombreuse progéniture, des suppléments familiaux de salaire, devait s'inscrire en faux contre ce postulat. Il suffit d'ailleurs d'observer que même aujourd'hui, alors que l'initiative privée a fait place à une obligation légale dans le cadre du système général de la Sécurité Sociale, la pratique ancienne subsiste ou réapparaît ici et là ; de nombreuses entreprises accordent à leurs employés, dans le cadre des conventions collectives, des compléments de salaire de caractère familial qui viennent s'ajouter aux prestations de même nature, servies par les institutions de Sécurité Sociale. Sur le plan juridique, et en demeurant dans le domaine de ce problème bien particulier, le patrimoine du travailleur reçoit des ressources conjuguées qui paraissent reposer sur des fondements juridiques distincts : la notion de « sur-salaire familial », mise en échec par l'extension et le développement des allocations familiales à toute la population, réapparaît et ravive la querelle juridique que l'on considérerait comme *définitivement apaisée* : quelle est donc la nature juridique exacte des compléments familiaux versés par l'entreprise ?

S'ils participent, ainsi que la jurisprudence et la doctrine semblent l'affirmer, de la même nature que le salaire, pourquoi assigner un fondement juridique différent aux prestations versées par les institutions de Sécurité Sociale dont la finalité sociale est identique ?

SECTION I

LA NOTION DE SURSALAIRE ET SA DISPARITION

Historiquement, c'est sous cette forme qu'apparaissent à l'origine les allocations familiales, en France d'abord, où elles sont nées et se sont développées puis, suivant un processus identique, dans d'autres pays comme la Belgique, la Suisse Romande, l'Italie et l'Espagne, bien qu'avec une moindre ampleur (1). Nées de l'initiative privée, elles sont légalisées et rendues obligatoires par la loi du 11-3-1932 qui astreint les employeurs des professions industrielles, commerciales, agricoles et libérales, à s'affilier à une caisse de compensation instituée dans le cadre de la profession en vue de répartir entre eux la charge des allocations familiales (2).

L'institution prend un essor rapide. A la suite d'une longue évolution législative, le régime des allocations familiales s'étend et s'améliore sous l'effort conjugué des préoccupations sociales et démographiques. Réservé d'abord uniquement aux salariés, le bénéfice en est ensuite accordé à tout travailleur indépendant et employeur, puis enfin à tous ceux qui exercent une activité professionnelle.

Ce phénomène de généralisation entraîne une transformation de la nature même des allocations familiales, qui se traduit dans le domaine jurisprudentiel par l'abandon du concept de « salaire familial ». L'évolution est-elle achevée ? Affirmation douteuse, car, jusqu'à présent, le fondement juridique de ces « compléments sociaux » n'a pas été dégagé avec netteté ; ce qui explique peut-être, comme le souligne le Professeur Lyon-Caen (3), que les « prestations familiales soient rebelles à toute définition juridique précise » et que la phase actuelle soit une « phase de transition ». Cette remarque semble se vérifier dans la mesure où les allocations familiales ne sont pas encore accordées à toutes les familles, l'exercice d'une activité professionnelle par le chef de famille demeurant une condition essentielle de leur octroi.

Aussi l'analyse de la conception du « sursalaire familial » sur le plan historique et institutionnel d'abord et sur le plan jurisprudentiel ensuite s'impose, afin de pouvoir dégager plus loin le fondement juridique nouveau qu'il nous a été permis de découvrir dans le cadre de la conception dualiste du salaire et qui marquera l'orientation que pourrait prendre demain l'institution.

(1) G. Maignan, *Les allocations familiales dans l'industrie et le commerce*.

(2) Lyon-Caen, *Droit du Travail et de la Sécurité sociale*, p. 317.

(3) *Droit du Travail et de la Sécurité sociale*, p. 379.

A. — ORIGINE ET DÉVELOPPEMENT DES PRESTATIONS FAMILIALES.

Si, selon l'expression de Paul Valéry, l'histoire est « la science des faits qui ne se renouvellent pas », la date exacte de naissance d'une institution est difficile à déterminer dans le temps. Des initiatives isolées se font jour ici et là, et par leur développement progressif éveillent l'attention du législateur qui les consacre. Il en est ainsi pour les allocations familiales. Elles apparaissent pour la première fois sous la forme de majoration de salaire vers la fin du siècle dernier. M. Ceccaldi, dans son « Histoire des prestations familiales en France », considère avec juste raison que certaines expériences de Colbert sont à classer au rang des « faux précédents ». Elles sont surtout le fait de certains grands établissements publics ou privés (Inscription Maritime, compagnies de chemins de fer, P.T.T., enseignement public, Mines), allouant à leur personnel des indemnités journalières variables selon le nombre d'enfants.

On ne trouve que deux précurseurs dans le secteur privé : les établissements Klein à Vizille, en 1884, et Léon Harmel, en 1891, dans son usine du Val-des-Bois. La situation économique née de la première guerre mondiale entraîne leur développement sur le plan institutionnel : pour répondre aux demandes des organisations ouvrières qui réclament un relèvement des salaires, notoirement insuffisants au cours des années 1918 à 1922, les employeurs décident d'apporter un remède aux revendications les plus urgentes, celles des chargés de famille. Toutefois l'idée du salaire familial de complément se heurte aux arguments développés par les économistes, comme P. Leroy-Beaulieu. Le salaire ne peut varier en fonction des charges de famille sous peine de fausser la loi de la concurrence. M. Romanet, ingénieur aux Ets Regis Goya de Grenoble, propose en 1916 une solution permettant de répondre à cette objection : les suppléments peuvent être versés par une mutuelle regroupant les employeurs d'une branche professionnelle ou même d'une circonscription territoriale comme le département. Le financement, étant assuré par des cotisations, permet de réaliser ainsi entre les employeurs considérés une péréquation des charges familiales. Cette technique apparaît cependant imparfaite sur le plan de l'économie globale.

En effet, si le système ainsi mis au point ne se généralise pas, la concurrence risque d'être faussée, en raison des disparités de prix de revient pouvant s'établir d'une industrie à l'autre, ou d'une région à l'autre. En fait, la conjoncture de l'époque impose cette solution aux employeurs dans la mesure où celle-ci leur apparaît comme un moyen efficace de calmer les revendications sociales qui se font très vives. Aussi, l'institution se généralise ; le nombre des Caisses de Compensation créées qui n'était que de 6 en 1920, passe en 1930 à 230 ; celles-ci regroupent 32.000 entreprises, occupant la majeure partie des travailleurs de la grande et moyenne industrie.

L'intervention de l'Etat, par la loi du 11-3-1932, rendant obligatoire l'adhésion à des Caisses de Compensation agréées par le Ministre du Travail et contrôlées par lui, fut purement formelle et rencontra l'indif-

férence la plus totale : les allocations familiales étaient nées et avaient grandi en dehors de lui. Pourtant cette loi d'obligation est le point de départ d'une évolution profonde des prestations familiales, amorcée par le décret-loi du 29-7-1939 qui accorde le bénéfice des allocations familiales aux employeurs et travailleurs indépendants. Dès lors la nature des compléments familiaux subit une transformation inévitable : la notion d'aide à la famille se substitue à celle de sursalaire familial (4). Jusqu'alors, le bénéfice des prestations familiales était lié intimement au salaire : toutes les causes de perte de salaire, telles que le chômage, l'accident de travail ou la maladie entraînaient d'office la perte des avantages complémentaires. Les allocations familiales sont l'accessoire du salaire dont elles empruntent la nature et la cause. La règle juridique « accessoriunt sécutur principal » s'applique dans toute sa rigueur. Seuls les salariés liés par contrat peuvent en bénéficier ; le salaire n'étant payé qu'autant qu'un travail est fourni, les allocations familiales qui en sont l'accessoire disparaissent avec lui si le contrat de travail prend fin. Le décret-loi du 4-4-1934, confirmant cette analyse juridique, emploie expressément le terme de « sursalaire familial » pour désigner les allocations familiales. Sur le plan économique, la création des prestations familiales apparaît surtout comme la conséquence d'une rémunération trop peu élevée du travail (5).

Le décret-loi du 29-7-1939 crée un dualisme prestations familiales-salaire, en séparant l'ouverture du droit aux prestations, de l'obligation d'exercer une activité professionnelle salariée ; cette distorsion apparaît dans la mesure qu'il édicte : extension du bénéfice des allocations familiales aux employeurs, travailleurs indépendants et gens de maison, maintien des allocations en cas d'accident du travail n'entraînant qu'une incapacité permanente partielle.

L'atténuation du lien entre l'activité professionnelle et le droit aux prestations familiales s'accroît avec la loi du 18-11-1940 autorisant le versement des allocations familiales en cas de chômage partiel, la loi du 15-2-1941 consacrant le même principe en cas de maladie du chef de famille, celle du 9-9-1942 adoptant la même règle en cas de décès de celui-ci ; cette dernière loi oublie d'ailleurs le sort des orphelins de père et mère.

Leur situation ne sera réglée que par la loi du 22-8-1946, remaniant complètement le régime des prestations familiales ; désormais, la dissociation annoncée par les textes antérieurs est totale : l'article 2 de la loi affirme le principe de l'extension des prestations familiales à toutes les personnes exerçant une activité professionnelle ou justifiant de l'impossibilité d'exercer une telle activité. Le décret du 10-12-1946, portant Règlement d'Administration Publique pour l'application de la dite loi, énumère dans son art. 4 les cas dans lesquels cette impossibilité d'activité professionnelle peut être présumée. Ces hypothèses sont celles déjà précisées par les lois énumérées ci-dessus, auxquelles s'ajoutent d'autres caté-

(4) J. Hochard, *Aspects économiques des prestations familiales*, p. 7.

(5) J. Hochard, *op. cit.*, p. 89.

gories : les victimes d'accidents du travail pendant la période d'incapacité temporaire, les invalides assurés sociaux classés dans les 2^e et 3^e groupes, les titulaires de l'allocation aux Vieux Travailleurs Salariés ou d'une pension vieillesse servie par un régime de Sécurité Sociale. Enfin, l'article 5 de la loi du 22-8-1946 remplace la prime à la première naissance du décret-loi du 29-7-1939 par des allocations de maternité attribuées pour toute naissance d'enfant de nationalité française, sans prendre en considération l'activité professionnelle exercée par le père ou la mère de famille.

Ainsi le droit moderne des prestations familiales contraste singulièrement avec la conception initiale de « sursalaire familial ». Etroitement liées, à l'origine, au contrat de travail, considérées comme un accessoire du salaire dont elles épousent le régime juridique, les allocations familiales deviennent, au terme de l'évolution historique que nous venons de brosser à grands traits, une institution sociale d'intérêt national.

A la notion individualiste du salaire se substitue une notion familiale. Le phénomène de dissociation entre le salaire et les prestations familiales s'accroît sous l'influence de divers facteurs : d'abord le droit positif consacre le maintien du droit aux prestations familiales dans l'hypothèse où la survenance d'un risque social (maladie, accident, décès, chômage) contraint le travailleur à interrompre l'exécution du contrat de travail ; — ensuite, les prestations familiales se détachent du droit du travail dans la mesure où la loi du 22-8-1946 pose le principe de l'extension de l'institution à toutes les familles sans distinction d'appartenance sociale ou professionnelle ; — enfin, la création de prestations nouvelles qui expriment, de la part du législateur, le souci d'adapter les ressources familiales complémentaires aux besoins à satisfaire, confère un style composite à l'Institution. C'est ainsi que les allocations prénatales, de maternité, et l'allocation de salaire unique se trouvent dotées de figures juridiques propres qui, malgré des traits communs, offrent des particularités traduisant leurs buts respectifs qui les distinguent des allocations familiales classiques.

Par voie de conséquence, le fondement des prestations familiales s'en trouve modifié et va exercer une influence sur leur nature juridique (6). C'est cette mutation qui fait dire à M. Rodière (7), commentant le nouveau régime des prestations familiales : « Pure était la première inspiration des allocations familiales qui introduisait, dans le droit des contrats jusqu'alors soumis à la seule justice commutative, ce germe de la justice distributive qu'avait connue l'éphémère communauté cénobitique des premiers chrétiens. En débordant le cadre du contrat de travail, les prestations familiales sont peut-être justiciables de qualification nouvelle de la part des juristes. »

Cette recherche de nouvelles qualifications a-t-elle été vraiment tentée ? L'étude de la doctrine et l'analyse de l'évolution de la juris-

(6) Rodière, *Fondement et sources des Allocations Familiales*, D. 1946.

(7) Rodière, *Dall.* 1947, Ch. p. 57.

prudence nous montrent que la notion originaire de « sursalaire familial » a été abandonnée mais qu'en son lieu et place aucune construction juridique ne lui a encore succédé. Est-il possible de définir juridiquement les allocations familiales par rapport au salaire d'où elles proviennent et auquel elles demeurent financièrement attachées ? Car si l'on admet qu'elles se sont détachées de l'idée du salaire, il n'en demeure pas moins que pour ceux qui en sont les bénéficiaires elles représentent un complément de leurs revenus venant corriger, bien que dans une faible mesure, les inadaptations des ressources familiales au coût de la vie.

B. — L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE :

L'analyse des décisions judiciaires fait ressortir jusqu'en 1948 la résistance des tribunaux à l'abandon du concept de sursalaire familial ; l'ordre judiciaire ne pouvait néanmoins rester insensible aux modifications profondes que la législation avait apportées à l'institution des prestations familiales et le revirement opéré par la jurisprudence dans l'arrêt des Chambres Réunies de la Cour de Cassation du 11-2-1948 ouvre à notre avis une impasse juridique. Certes, en l'état actuel de notre législation, le titulaire du droit aux prestations demeure toujours le chef de famille, bien que le fondement de ce droit ne soit plus dans le contrat de travail. Cependant, en affirmant que les allocations familiales sont versées dans l'intérêt de l'enfant « et que celui-ci est le véritable bénéficiaire », la jurisprudence ne pouvait évaluer toutes les conséquences de l'énoncé d'un principe qui bouleverse les assises mêmes de l'Institution en plaçant l'enfant au centre du débat.

C'est ce point important que nous développerons et commenterons plus loin en nous contentant, au stade actuel de notre étude, de suivre l'évolution de la pensée jurisprudentielle dans son affirmation d'abord, dans son rejet ensuite, du concept de « sursalaire familial » comme fondement juridique des prestations familiales.

1. — *La position originaire de la Jurisprudence :*

Dans la période antérieure à la loi du 11-3-1932, la jurisprudence analyse les allocations familiales comme de pures libéralités consenties par l'employeur.

La plupart des arrêts et décisions de justice qui ont à débattre de cette question le font, si l'on peut dire, « d'une manière incidente », à propos de la fixation du salaire de base nécessaire au calcul des rentes d'accidents du travail. Jusqu'alors le régime accepté est celui de la liberté : l'employeur décide volontairement de l'attribution des allocations familiales à ses salariés, pères de famille, ou de son affiliation à une caisse de péréquation des charges familiales ; aucune obligation ne lui est imposée.

Cependant, la jurisprudence, dans l'arrêt de la Chambre Civile du 2-5-1923, considérant que les allocations familiales impliquent l'exis-

tence d'un contrat de travail, y voit pour la première fois un complément de salaire (8).

La loi du 9-4-1898 sur les accidents du travail définit dans son article 3 (pour les indemnités temporaires) et dans son article 10 (pour les rentes), le salaire de base à prendre en considération « comme la rémunération effective qui a été allouée à l'ouvrier, soit en argent, soit en nature ». Or, sur le plan de la définition de la rémunération, la Cour de Cassation, depuis de longues années, a posé le principe que « toutes les allocations stipulées au profit de l'ouvrier lorsqu'elles ne sont pas le remboursement de dépenses mises à sa charge, ont le caractère de rémunération et, comme telles, participent au salaire annuel ». Comme le remarque M. Suchet (9) dans la note faisant suite au dernier arrêt du 27-3-1925, du moment où un avantage de quelque forme ou dénomination que ce soit est assuré par un patron à son personnel dans le cadre du louage de services, cet avantage entre en considération dans les causes qui déterminent l'ouvrier à choisir cette entreprise de préférence aux autres : « Puisque l'ouvrier a été mis à même de peser les avantages qu'il pouvait en retirer en contre-partie de son travail » (10).

Doit-on ou non inclure les allocations familiales dans le salaire de base établi pour le calcul des rentes « accidents du travail » ? La réponse à cette question pose le problème préalable de la nature juridique de ces indemnités de caractère familial versée par l'employeur.

Dans le contrat de travail, travail et salaire se servent réciproquement de cause : tout ce qui représente la rémunération du travail doit être considéré comme un salaire. En ce qui concerne les allocations familiales, la question est plus délicate ; ces dernières sont, d'une part, indépendantes du travail fourni par l'ouvrier et, d'autre part, elles trouvent leur fondement dans un élément différent, « la charge de famille », sans relation avec la qualité et la quantité de travail fourni. Il est dès lors difficile de les considérer, du moins directement, comme la rémunération d'un travail. Pourtant, dès son premier arrêt, le 24-7-1908 (11), la Cour Suprême écartant ces arguments, affirme que « les sommes payées à titre de bonifications pour charge de famille, l'ont été en vertu d'une stipulation du contrat de travail, qu'elles ne sont dues que pour les journées de présence à l'atelier ; dès lors, elles sont la conséquence du travail effectué ». A la suite de cet attendu nous retrouvons, avec constance, dans les décisions de la jurisprudence, à propos des autres compléments du salaire, cette notion nouvelle que la rémunération n'est plus seulement comme auparavant, envisagée du côté de l'ouvrier, ce qui *objectivement* représente la rémunération de son travail, mais qu'elle est aussi *subjectivement* ce qui a été considéré comme tel par lui. Le salaire devient l'équivalent voulu par l'ouvrier en rémunération de son travail. La Chambre Civile le 2-5-1923 et la Chambre des Requêtes le 30-10-1929 confirment

(8) Lyon-Caen, *Manuel de Droit du Travail*, p. 376.

(9) *Cas. Civ.*, 4.3.1903. — 3.4.1903 (S. 1907. 1.28) ; 27.10.1903 (S.1906. 1.334) ; 27.10.1920 (S. 1921 1.124) ; 27.3.1925 (S. 1925 1.121).

(10) *Cass. Civ.*, 27.3.1925 (Sirev 1925. 1. 121).

(11) D. 1918-1-1954.

cette position bien que, dans l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes, l'entrepreneur ait pris soin de stipuler que « cet avantage est accordé à titre de libéralités et que la dite allocation est versée, non par l'entrepreneur lui-même, mais par une Caisse de Compensation d'origine patronale à laquelle il est affilié ».

Quel jugement de valeur peut-on porter sur l'attitude de la Jurisprudence ? Doit-on assimiler les suppléments familiaux à des libéralités de l'employeur ou à un complément de salaire ? En faveur de l'idée de « libéralité », on fait valoir plusieurs arguments : l'allocation spéciale accordée ainsi par l'employeur à ses employés chargés de famille, suivant l'âge et le nombre des enfants, est essentiellement variable et temporaire :

Ces allocations ne sont pas la rémunération du travail puisque à travail équivalent, elles sont payées au père de famille en sus du salaire versé aux célibataires. Leur attribution résulte d'un acte unilatéral accompli par l'employeur à titre gratuit et sans contre partie juridique. Cette analyse pour séduisante qu'elle puisse paraître, se heurte à des objections décisives mises en lumière par la doctrine.

La théorie de l'acte gratuit est d'application restrictive dans les rapports du travail pour diverses raisons. Le salarié apporte à l'entreprise, lorsqu'il est père de famille, un élément d'ordre et de stabilité ; il représente, en outre, une main-d'œuvre que l'employeur utilisera pour l'avenir puisqu'elle lui donnera des ouvriers qualifiés. Le fait d'être père de famille est chez l'ouvrier un élément moral qui a son prix, ce qui explique que les ouvriers chargés de famille fassent prime sur le marché du travail. Ces valeurs morales ou d'avenir ont un caractère positif et pécuniaire digne d'être pris en considération (12). L'entrepreneur tient compte de ces qualités quand il signe un contrat. Or, il est classique de considérer que toute libéralité accomplie par un donateur qui espère retrouver présentement ou éventuellement sous une forme nouvelle, dans son patrimoine, l'équivalent de la prestation ou de l'abandon qu'il fait, suffit à enlever à l'acte juridique ainsi réalisé tout caractère à titre gratuit (Aubry et Rau).

On ne peut davantage voir dans le versement des allocations familiales l'exécution par l'employeur d'une obligation naturelle qui a sa source dans les services particuliers rendus par l'ouvrier, puisque toute obligation naturelle a une existence objective indépendante de la volonté des parties. Pour les mêmes raisons on ne saurait y voir une libéralité assortie d'une charge intéressant le prétendu donateur, car la charge, si elle est stipulée dans l'intérêt du gratifié, l'est aussi dans celui du promettant. Or, la jurisprudence retire tout caractère de libéralité à un acte si le donateur est intéressé à l'exécution de la charge (13). Elle décide même qu'un intérêt, non seulement pécuniaire mais purement moral, constitue la contre partie suffisante d'un acte à titre onéreux (14).

Ainsi, le contrat de travail apparaît comme un contrat complexe où, à côté des prestations fondamentales, travail d'une part, salaire de

(12) P. Kayser, *Cass. Ch. Requêtes*, 30.10.1929. S. 1930.1.145.

(13) *Cass. Requêtes*, 28.6.1886.

(14) *Cass. Requêtes*, 14.4.1883. S. 1863. 1.362.

l'autre, trouvent place d'autres prestations d'un caractère moins matériel, appréciées sur le plan de la qualité plutôt que celui de la quantité.

Le travail apparaît comme une marchandise dotée d'une nature particulière où se trouvent incorporées des valeurs aussi immatérielles que la stabilité, l'ordre, les perspectives d'avenir de l'ouvrier.

Nous retrouverons plus loin tous ces éléments dans l'analyse des compléments du salaire appelés « primes d'assiduité ou d'avancement ». Le versement des allocations familiales est un acte pourvu de contrepartie, un accessoire du contrat de travail, une prime destinée à rémunérer la qualité du travail, une variante possible de la rétribution du travail. Ces considérations gardent-elles toute leur valeur lorsque les allocations familiales sont versées par un organisme indépendant, tel qu'une Caisse de Compensation ?

Antérieurement à la loi de 1932, les données du problème sont identiques, les secours familiaux étant retirés au chef de famille si le contrat de travail est suspendu dans ses effets, pour cas de maladie ou d'accident. Les allocations familiales voient leur sort lié à celui du salaire dont elles sont bien le supplément pour le travail exécuté par l'ouvrier. En vertu d'une convention, passée entre l'employeur et l'organisme de compensation, il y a simple substitution de débiteur, mais la source et par conséquent la cause de la prestation familiale reste et demeure toujours le contrat de travail auquel l'ouvrier a donné son adhésion. L'analyse de la jurisprudence, considérant les allocations familiales comme un « sursalaire » familial, ne peut prêter à critique. Elle est confirmée par la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 21-2-1939 (15).

A la vérité, l'arrêt précité intervenait dans un contexte législatif totalement différent des précédents. La loi du 11-3-1932 posait dans son article 74 d par. 2, une règle nouvelle : « En cas d'accident du travail, les allocations familiales sont maintenues dans leur intégralité pendant la période d'incapacité temporaire. En cas d'incapacité permanente absolue ou lorsque l'accident est suivi de mort, elles sont également dues tant que les enfants y ont droit, en raison de leur âge ». Le texte de l'art. 10 de la loi de 1898 n'étant pas modifié, l'application cumulative des deux textes a pour conséquence inéluctable dans les hypothèses rappelées ci-dessus, d'entraîner le cumul des prestations familiales puisque versées par l'organisme de compensation et incluses dans le salaire de base de la victime. En revanche un tel système exclut tout cumul en cas d'incapacité permanente partielle, car alors le paiement des prestations familiales n'est plus maintenu. Pour expliquer ces solutions contradictoires on soutenait que l'art. 74 d par. 2 avait voulu assurer le versement des prestations familiales précisément dans les cas où le salarié n'est plus en mesure de recevoir un salaire, alors que l'invalidité partielle peut permettre l'exercice d'une activité ouvrant droit à un salaire et par là même, aux allocations familiales. Cette opinion persiste donc à voir dans les allocations familiales un accessoire du salaire. Le jeu des deux institutions, sous l'empire de la loi de 1932, soulève cependant une

(15) Dalloz, 1939 I.121.

grave objection : la nature de la rémunération varie selon les conséquences de l'accident, l'allocation familiale étant payée deux fois dans certains cas seulement. Mais le sens de l'art. 10 de la loi de 1898 n'est pas modifié ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi de 1932. M. Duvald-Arnould, à la Chambre et M. Calmal, au Sénat affirment que les allocations familiales constituent une rémunération du travail et un supplément de salaire (16).

La jurisprudence des tribunaux du fond reste partagée, certaines décisions étant favorables au principe de l'incorporation dans les salaires de base (17), d'autres rejetant cette thèse (18). C'est pour répondre à ces controverses qu'intervient la loi du 1-7-1938 qui modifie l'art. 10 de la loi de 1898, en définissant le salaire de base comme « la rémunération effective et *totale* qui a été allouée pendant les 12 mois qui ont précédé l'accident », mais ajoute « il n'est pas tenu compte des allocations familiales si la victime ou ses ayants droit bénéficient des dispositions de la loi du 11-3-1932 ». En définitive, les allocations familiales ne sont incluses dans le salaire de base qu'en cas d'incapacité permanente partielle. On veut donc ainsi éviter le cumul « non bis in idem ». Là était le seul effet de la restriction apportée par le texte, les allocations familiales s'analysant toujours comme un complément de salaire.

La décision des arrêts du 21-2-1939 aboutit au même résultat : les allocations familiales font partie intégrante du salaire de base, mais le patron ne saurait les payer deux fois, d'une part pour le tout, en tant qu'allocation familiale, d'autre part, pour moitié, en tant... qu'allocation familiale, pour moitié, en tant qu'élément du demi-salaire. L'équité est sauvegardée et le principe également. Auparavant, dans une espèce voisine, la Cour de Cassation admet le 11-7-1935 (19) la restitution à l'employeur de ce qu'il a versé en trop, l'allocation familiale ayant été allouée pendant la période d'incapacité temporaire.

Cette solution paraît confirmée par l'insertion de la loi du 11-3-1932 au chapitre V, Titre II du Code du Travail consacré au salaire ; l'institution du privilège qui en garantissait le paiement au même titre que toute autre rémunération, les prescriptions de l'art. 54 G en matière de congés payés s'appliquent également à l'allocation familiale. En cas de divorce, enfin, la jurisprudence de la Chambre Criminelle dans ses arrêts du 16-8-1942 (20) et 24-6-1942 n'est pas en contradiction avec la Chambre Civile car elle estime que les allocations familiales font corps avec le salaire lorsqu'elles sont versées directement à l'époux créancier d'une pension alimentaire par l'employeur de l'époux débiteur. Elle considère donc que les allocations font partie du salaire de l'ouvrier et doivent s'imputer sur le montant de la pension.

Quant à la doctrine, elle estime que, malgré le système de l'obligation

(16) *J.O. Doc. Parl. Sénat*, janvier 1932, p. 1 035.

(17) Bordeaux, 27.2.1936 (Ret. S.A.T. 1936, p. 296) ; Dijon, 3.6.1936 (Ret. G.P. 1936, 2.2.46).

(18) Lyon, 11.10.1935, G.P. 1935 2.797.

(19) *Cass. Civ.* 11.7.1935, G.P. 1935 2.6.1945.

(20) Chambre Criminelle, 16.8.1942 — JCP 1942 II 1908 ; 24.6.1942 — JCP 1942 II 2029.

imposé par la loi de 1932, « il y a, entre chaque contrat de travail et les allocations versées au salarié intéressé, un lien juridique de dépendance tel que la justice distributive, qui en inspire le principe, peut faire un mariage de raison avec les assises commutatives du droit des contrats » (21).

2. — *L'évolution doctrinale et le revirement de la jurisprudence.*

Le décret-loi du 30-7-1939 d'abord, la législation de la Sécurité Sociale ensuite dans l'ordonnance du 4-10-1945 et la loi du 22-8-1946, entraînent un fléchissement de la notion originaire. Le fondement social de l'institution des allocations familiales, qui répondait aux « vœux populationnistes », exerce une influence sur leur nature juridique. L'institution se détache du travail salarié et même du travail actuel : les personnes justifiant de l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle peuvent en bénéficier, de sorte que les allocations familiales ne sont plus versées uniquement au créancier du salaire. La loi de 1946 change l'« accipiens » en débordant le cadre du contrat de travail. La qualification de « sursalaire » familial ne paraît plus correspondre à la réalité. Pouvait-on dégager un nouveau concept ? La doctrine et la jurisprudence s'y efforcent sans pouvoir parvenir à formuler une notion des prestations familiales entièrement dissociée du salaire dans la mesure où, d'une part, leur montant reste fixé étroitement en dépendance avec celui-ci, et d'autre part, les cotisations versées par l'employeur en vue d'assurer le financement trouvent leur cause première dans le travail salarié et apparaissent elles-mêmes comme un supplément de salaire.

Cette évolution doctrinale était en gestation depuis longtemps. Les prémices s'en font surtout sentir, même avant la loi de 1932, au sein des dirigeants des Caisses de Compensation qui proposent le rejet du terme « sursalaire », en s'appuyant sur le fait que les allocations sont parfois versées dans les cas d'inactivité. Dans un tract daté de 1930, le comité central des Allocations Familiales proclame « les allocations familiales aident à naître, les allocations familiales empêchent de mourir », manifestant ainsi ses préoccupations démographiques.

En 1941, M. Savatier écrit : « Les allocations ne constituent, en effet, ni une modalité d'assistance au profit d'indigents, ni une prime intéressée à la natalité. Elles sont mieux que cela : elles traduisent une justice sociale selon laquelle celui qui travaille doit trouver dans son labeur les moyens de faire vivre, non seulement lui-même, mais la famille qu'il élève. Le bénéficiaire des allocations familiales ne les reçoit ni comme une aumône ni comme un encouragement, mais comme le paiement d'une créance sacrée, inséparable de sa magistrature paternelle ». Le même auteur insiste déjà sur le double aspect de la nature des prestations puisqu'il regrette que le Code de la Famille ne les ait pas définies comme un « complément de salaire destiné à tenir compte des charges familiales du travailleur et exclusivement affecté à ces charges » (22).

(21) Rodière, *Fondement et source des Allocations Familiales*, Dal. 1946 Ch. XIX.

(22) R. Savatier, *L'affectation des allocations familiales*, JCP 1941. I. 227.

Le rôle essentiel que les allocations sont appelées à jouer, le fait qu'elles sont allouées à « tous ceux qui tirent de leur activité professionnelle leurs principaux moyens d'existence » (23), entraînent deux conséquences que la doctrine va mettre en évidence. Les distributions consenties ainsi, tant aux travailleurs dits indépendants qu'aux salariés, s'apparentent moins à un complément de rémunération qu'à des parts de mutuelle rétrocédées aux chefs d'entreprises, à travers un mécanisme mitigé de caisse, d'assistance publique et de mutuelle (24). Les allocations familiales ont une affectation alimentaire précise, accusée par les art. 16 et 16 bis du décret du 29-7-1939 : « Si l'alimentation, le logement et l'hygiène de l'enfant n'étaient pas améliorés par les allocations familiales et si l'affectation ainsi voulue par le législateur n'était point respectée, l'enquête qui le révélerait pourrait conduire à la suspension des versements ». Le travailleur perçoit donc les allocations familiales pour ses enfants ; ceux-ci sont les véritables bénéficiaires de l'institution (25).

Cette dissociation des allocations familiales et du salaire est accentuée par l'incorporation de l'institution ancienne dans l'organisation générale de la Sécurité Sociale. Il s'ensuit que les versements attribués aux familles nombreuses représentent une charge nationale pesant sur la collectivité. Mais la doctrine demeure divisée sur le sens et la portée de l'évolution ; ces charges restent toujours financées par des cotisations professionnelles calculées en fonction du salaire et l'attribution n'est pas opérée à tous sans distinction. Tout caractère professionnel n'en est pas exclu, puisque la loi du 22-8-1946 précise que le père de famille, titulaire du droit, doit justifier de l'exercice d'une activité. On se trouve désormais en présence de trois protagonistes : le créancier en la personne du travailleur, le débiteur représenté par la Caisse d'Allocations Familiales et le groupe juridique des « ouvriers droit » aux prestations familiales, à l'avantage desquels l'institution est créée. C'est bien l'intérêt de l'enfant qui est au centre des rapports juridiques ; cet aspect nouveau sera mis en évidence par la jurisprudence.

La Cour de Cassation, dans son arrêt toutes chambres réunies du 11-2-1948, met fin à la controverse relative à l'incorporation des allocations familiales dans le salaire de base des rentes et indemnités d'accidents du travail. Elle revise sa jurisprudence par une considération toute nouvelle :

« Attendu que les allocations familiales, perçues au titre de la loi du 11-3-1932, étant accordées non à titre de rémunération du travail accompli, à l'ouvrier lui-même, mais à toutes personnes salariées ou non, assurant la garde et l'entretien des enfants lesquels en sont les véritables bénéficiaires, ne peuvent constituer un supplément de salaire ». Les mêmes raisons motivent désormais le versement des allocations familiales à celui des époux qui a la garde des enfants en cas de divorce (26). « Les

(23) Art. 10 *in fine*. Code de la Famille (D.L. 29.7.1939).

(24) Rodière, *Fond. et Sources des allocations familiales*, D. Chr. XIX 1946.

(25) Rodière, Note s. arrêt Ch. Civ. 21.2.1939. D. 1939. 1.121.

(26) Savatier, *Cour d'Appel de Paris* 21.4.1944. J.C.P. 44.II.1635.

allocations sont dues dans l'intérêt de la famille, pour les enfants, et doivent être versées à l'époux gardien » (27).

En faisant des enfants « les véritables bénéficiaires » des allocations familiales, la jurisprudence et la doctrine abandonnent la conception du « sursalaire familial » mais elles ne définissent pas pour autant la notion d'allocations familiales, ni leur fondement juridique. Sommes-nous toujours en présence d'un droit du chef de famille ? La structure présente de nos institutions, abstraction faite de leur évolution, semble le confirmer. Si l'on affirme, au contraire, l'existence d'un droit de l'enfant, quelle est la source de cet « intérêt digne d'être juridiquement protégé » sur lequel la Cour Suprême a déjà mis l'accent le 11-2-1948 ? Nous verrons si la conception dualiste de la notion de rémunération peut apporter une solution à cette impasse juridique. Un fait demeure : les allocations familiales légales ne sont plus un élément de la rémunération individuelle du travailleur : l'art. 145 du RAP du 8-6-1945 les exclut expressément de la rémunération soumise aux cotisations de Sécurité sociale. La même règle est admise en matière de calcul de l'indemnité d'assurances maladie ou accident de travail.

En est-il de même des suppléments familiaux attribués directement à leur personnel, par l'employeur, en sus des prestations servies par les Caisses d'allocations familiales ?

SECTION II

LES SUPPLEMENTS FAMILIAUX « CONVENTIONNELS »

En ce qui concerne ces suppléments, la question est plus controversée, et à cet égard se pose à nouveau le problème de leur nature juridique, compte tenu de leur dualisme avec les prestations de caractère légal. Ce problème présente d'ailleurs un intérêt non seulement théorique mais également pratique, car il s'agit de savoir si ces éléments de complément participent ou non de la même nature que le salaire : dans l'affirmative, ils supporteront les charges sociales ; ils en seront exonérés dans l'hypothèse inverse.

A. — LEUR DUALISME AVEC LES PRESTATIONS LÉGALES.

Dans une lettre du 22-5-1948 adressée à l'U.N.C.A.F. (28), le Ministre du Travail, se basant sur les dispositions de la circulaire 340 SS. du 13-10-1947, fait connaître la position de l'Administration : « les avantages

(27) Arrêt Ch. Civ. Cour de Cass. JCP 46.2.1953. Lamare c/de Gallois.

Un arrêt du 8.2.1943 (JCP 1943 II 2218) a rejeté une demande d'allocations familiales formée par un concubin vivant avec les enfants de sa maîtresse, non divorcée ni séparée de corps légalement.

(28) Union Nationale des Caisses d'Allocations Familiales.

supplémentaires accordés par les employeurs, eu égard à la situation de famille des intéressés, constituent des accessoires du salaire qu'il importe de considérer comme tels ». La même idée est affirmée dans une lettre ministérielle du 17-1-1951 (29) à propos des indemnités pour charge de famille prévues par la convention collective des banques, considérées « comme un supplément de salaires » et assujetties au versement des cotisations. Cette position est à nouveau confirmée par la circulaire ministérielle n° 822 SS. du 26-4-1951 qui décide que « sont soumises au calcul des cotisations les allocations attribuées par certains employeurs en sus des allocations familiales et de salaire unique prévues par la législation des prestations familiales ».

L'appréciation des tribunaux en la matière ne présente pas cependant la même élégante unité. Le partage des décisions qui sont intervenues marque l'existence de deux tendances essentielles.

Une première opinion, qui est surtout le fait des tribunaux du fond, n'établit aucune différence de nature entre les suppléments familiaux versés par l'employeur et les prestations de la loi du 22-8-1946, en prenant en considération leur finalité, abstraction faite de leur cause. Puisque ces divers éléments sont destinés aux enfants, ils ont le même but et doivent être soumis au même régime juridique. Cette thèse fait valoir d'abord des arguments de texte.

La Commission Régionale d'Appel de Nantes, dans une décision du 5-10-1951 (30) réformant une décision de la Commission de 1^{re} instance d'Angers, estime qu'il résulte des dispositions des art. 145 par. 1^{er} et 197 du RAP du 8-6-1946 « que le décret du 8-6-1946 a englobé sous la dénomination de « prestations familiales », non seulement les prestations familiales légales versées par les Caisses d'Allocations Familiales, mais encore les prestations familiales complémentaires maintenues et réglementées par les articles 197, 198 et 199 du décret sus-visé ». L'exégèse du texte de l'art. 145 semble donner raison à cette thèse, puisqu'il ne comporte aucune disposition restrictive à l'exonération qu'il prévoyait et qu'on peut fort bien entendre « prestations familiales » dans son sens le plus large, d'autant qu'il est classique d'interpréter ainsi un texte lorsqu'il est clair, ne présentant aucune ambiguïté et que ce serait en dénaturer le sens et la portée que de lui faire des adjonctions arbitraires. La Commission Régionale d'appel de Paris, le 10-3-1955 (31), adopte une solution identique, mais en faisant état d'autres motifs et notamment celui de l'objet identique des deux catégories de prestations sus-visées, complémentaires ou légales : « Les prestations familiales « extra-légales » ne sont pas une rémunération du travail, mais une indemnité compensatrice des charges de famille... leur acceptation est faite en faveur des enfants... Il importe peu qu'elles soient versées en vertu du contrat individuel... ou d'une convention collective ».

Cette interprétation ne paraît pas suffisamment convaincante, l'art. 197 étant une disposition transitoire sans rapport avec l'assiette des cotisations.

(29) *Bull. Jur.* 5.1951. C1 AS Jaune.

(30) *Bull. Jur.* 46 I C1 AS.

(31) *Jur.* 1955, p. 293 (Documentation F.N.O.S.S.).

Aussi la Cour Suprême opte-t-elle pour une notion extensive de la rémunération en y incluant les prestations supplémentaires. Dans son arrêt du 19-2-1954, la Chambre Civile estime que l'exception prévue par l'art. 145 du RAP du 8-6-1946 « qui doit être entendue de façon restrictive, vise exclusivement les prestations limitativement énumérées par l'art. 1^{er} de la loi du 22-8-1946 » (32). Elle confirme ainsi certaines décisions des juridictions inférieures qui s'étaient prononcées dans le même sens et notamment celle de la Commission Régionale de Lyon du 9-12-1949 (33). Cette position de principe est réaffirmée par la Cour de Cassation, les 21-11-1956 et 17-6-1959 (34), 5-11-1959 (35), 2-3-1960 et 24-11-1960. Il est donc certain que la jurisprudence de la Cour Suprême ne se modifiera plus et que dans toutes les affaires qui lui seront soumises à propos des prestations complémentaires allouées par certains employeurs, elle s'en tiendra à des décisions identiques. En les prenant en compte pour le calcul des cotisations de Sécurité Sociale, la jurisprudence confère implicitement à ces indemnités la même nature juridique que le salaire, dont elles deviennent l'accessoire, et rejoint ainsi la position de l'Administration.

B. — LA RÉAPPARITION DE L'IDÉE DE SURSALAIRE.

Comment ne pas être frappé, dès lors, par certaines analogies ? A l'origine, les allocations familiales étaient considérées par la jurisprudence comme un accessoire du salaire et le fait que l'organisation technique exigeait un mécanisme de compensation ne modifiait pas cette nature. Plus tard, l'attribution des allocations familiales à des familles dont aucun membre ne fournissait un travail actuel (veuves d'allocataires ou femmes seules élevant deux enfants à charge) a amené l'abandon de cette conception en raison de l'impossibilité de considérer plus longtemps les prestations comme un accessoire dont le principal ferait entièrement défaut. Mais voici que la jurisprudence réaffirme sa première conception, à propos des indemnités de caractère familial, versées par les employeurs dans le cadre du contrat de travail. Le problème qui se pose est donc celui des limites de la notion de rémunération. En l'état actuel de notre droit positif, on y englobe les compléments familiaux lorsqu'ils sont versés par l'employeur ; on en exclut ces mêmes compléments s'ils proviennent des organismes de Sécurité Sociale. Faut-il considérer que leur nature juridique est fonction de la qualité du « solvens » ? Ce serait affirmer l'existence d'une relativité de la notion « de rémunération » qui n'est pas admise unanimement par la doctrine, parce qu'elle apparaît, en principe, suspecte à certains auteurs (36). Au critère

(32) Dall. 1954-363. *Bull. Civ. II*. N° 74, p. 418.

(33) Cass. Civ. 21.11.1956. *Bull. Civ. II* N° 617, p. 400 ; 17.6.1959. *Bull. Civ. II* N° 465, p. 303.

(34) J.C.P. 1960 II 5902, 1^{re} espèce.

(35) J.C.P. 1960 II 11413.

(36) Dupeyroux. *Le maintien du salaire et les recours contre l'auteur de l'accident*. Dal. 1961 Ch. p. 40.

organique peut-on substituer un critère téléologique conférant aux indemnités dues par l'employeur un caractère « rémunératoire » et aux allocations familiales légales un aspect « indemnitaire » destiné à compenser les charges de famille ? On serait, dès lors, en présence de qualifications différentes dont la coexistence n'est pas démontrée, car en vérité toutes ces indemnités ont une fin « alimentaire » commune : assurer l'éducation et l'entretien des enfants. En définitive, malgré les objections soulevées, le critère organique nous paraît préférable. Mais il faut le justifier. Or, précisément, cette justification n'est donnée ni par les textes, ni par la jurisprudence, qui se contentent d'affirmer, sans le démontrer, l'absence d'identité juridique des deux catégories d'indemnités, les unes participant de la nature du salaire, les autres s'en séparant. Cette distorsion ne pourrait-elle pas s'expliquer par la notion de cause ? Les indemnités versées par l'employeur trouvent-elles leur source dans le contrat de travail ? Les prestations familiales de la loi du 22-8-1946 et des textes subséquents découlent-elles, désormais, d'une obligation légale détachée de toute notion d'origine contractuelle ?

Cette idée de cause n'explique-t-elle pas aussi la tendance moderne qui vise à inclure dans la « notion de rémunération » tous les autres compléments versés par l'employeur dans le cadre des relations de travail ?

CHAPITRE II

LES COMPLEMENTS DU SALAIRE D'ORIGINE CONTRACTUELLE

La multiplication des formes de rétribution du salarié est surtout marquée à l'époque moderne par la diversité des sommes allouées au travailleur, qui viennent s'ajouter au salaire proprement dit et lui impriment ainsi un contenu variable et parfois même aléatoire. Pourtant, le contrat de travail est un contrat synallagmatique et commutatif fondé sur la règle couramment admise « à travail égal, salaire égal ». On peut faire le reproche à cette maxime respectable de ne tenir compte uniquement dans la valeur du travail que de sa durée, comme les ouvriers de la première heure dans la parabole des Vignerons de la Sainte Ecriture. L'observation en a été faite à propos du « sursalaire familial » : les mérites du travail ne se mesurent pas exclusivement à sa durée mais à la fois quantitativement et qualitativement. Le travail de l'homme prend un contenu humain et se dégage de l'idée de travail-marchandise. Cette prise de conscience se traduit par l'attribution d'une série d'avantages représentant ces valeurs humaines que sont l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, sa conscience professionnelle et son assiduité au travail ; la récompense de ces éléments d'ordre psychologique se présente sous forme de prime d'ancienneté, d'assiduité, d'échelons d'avancement et même d'une indemnité en cas de résiliation du contrat par le patron (art. 23 p. 6 livre III du code du Travail). Ces distinctions « honorifiques » sont imposées par le contrat individuel ou la convention collective et parfois même la loi. Elles peuvent aussi être le fait d'un acte de volonté unilatérale de l'employeur et, sur la scène juridique, la qualification de gratifications a prévalu, leurs montants ou leurs bases de calcul n'étant pas déterminés d'avance et restant subordonnés à l'appréciation patronale. Le terme de « gratification » convient puisque Littré le définit comme une libéralité que l'on fait à quelqu'un. Il semble s'appliquer surtout aux primes de bilan versées en fin d'année ainsi qu'aux « 13^e mois » institués par l'association professionnelle des banques. Les gratifications sont tantôt d'un montant fixe (pratique du mois double), tantôt proportionnelles à l'effort de l'employé ou encore appréciées en fonction des bénéfices de l'entreprise, en fin d'exercice ; sous cette dernière forme, elles « associent indirectement » le travailleur à la vie de l'entreprise. Observons toutefois, qu'il ne s'agit là que d'un intéressement à la bonne marche de l'affaire, dans la mesure où la condition juridique du travailleur demeure celle d'un « subordonné » n'accédant pas à la qualité d'« associé ». Parfois, ces compléments sont le fait non de l'employeur, mais

d'un tiers, le client. C'est l'origine du pourboire dont la filiation le rattache à l'allocation d'étreunes primitivement réservée aux « gens de maison ». Véritable « don gratuit » dans les rapports personnel-clientèle, sa pratique, très ancienne, s'est imposée dans les mœurs comme le montre l'échec de la défense, faite jadis par les Bouillons Duval à leur personnel d'accepter les pourboires sous peine de renvoi. Cependant l'évolution tend à détacher du titre gratuit le pourboire, pour en faire purement et simplement un salaire s'analysant en une participation du personnel au chiffre d'affaires.

La nature du pourboire se transforme ; celui-ci abandonne son caractère de présent d'usage, du Code Civil, lorsqu'il est perçu par l'employeur sous forme de majoration de la facture présentée au client. Dans la mesure où il cesse d'être volontaire, facultatif et exceptionnel, le « service » se distingue par son régime juridique du « pourboire-libéralité ». Il devient « obligatoire » à l'égard de la clientèle ; à l'égard du personnel il cesse d'être un don « individuel », pour acquérir un contenu « collectif » puisque la « Masse » sera répartie, sans distinction, entre les membres du personnel en « contact avec la clientèle ». Le « service » se détache du pourboire et emprunte au salaire sa nature juridique ; il devient un droit acquis au profit du préposé puisqu'il est « attendu » par celui-ci non comme un espoir très hypothétique, mais comme une « certitude ».

Son inclusion dans la note des clients n'a pas pour effet de le transférer dans le patrimoine de l'employeur, lequel se conduit en simple collecteur-répartiteur du « service » qui a déjà pénétré dans le patrimoine des préposés pris collectivement. Le dépôt ainsi effectué, pour le compte du personnel, entre les mains de l'employeur offre ce trait original d'être un moyen pour le patron d'assurer un meilleur rendement de son affaire.

La question se pose alors de savoir, étant donné que le « service » ne s'apparente plus à une « libéralité », s'il demeure pleinement, au même titre que le pourboire, un véritable « accessoire » du salaire auquel il s'ajoute. N'y a-t-il pas substitution pure et simple, et pour partie, à la forme traditionnelle et forfaitaire de la rémunération du travail d'un nouveau mode de rétribution qui par son aspect variable et aléatoire emprunte à l'idée de profit, puisque le « service » est fonction de la bonne et mauvaise fortune des affaires réalisées par l'employeur ?

La conception unitaire du Code Civil, où le travail-marchandises donne rigoureusement le salaire « prix », paraît bien compromise. Tous ces éléments aux noms divers présentent des liens plus ou moins étroits avec le contrat de travail, mais ils s'en détachent dans la mesure où ils évoquent l'idée de libéralité, de profit, de don gratuit émanant d'un tiers, ou d'indemnités réparatrices. Le caractère « rémunérateur » du salaire revêt un aspect « indemnitaire » avec ces dernières. On se demande, dès lors, ce qui subsiste de la théorie traditionnelle du salaire.

Faut-il considérer que tous ces avantages complémentaires participent néanmoins de la nature juridique du salaire proprement dit ?

Va-t-on conférer à toutes ces sommes le même fondement juridique ? L'incertitude domine la matière et donne lieu à des controverses qui

déchirent la jurisprudence et la doctrine, en l'absence d'une théorie juridique du salaire. Il apparaît cependant indispensable de donner une qualification exacte à toutes ces sommes, notamment pour déterminer dans le Droit de la Sécurité Sociale l'assiette des cotisations ou délimiter les bases de calcul d'une prestation. Il en est de même dans le Droit du Travail où, fréquemment, se pose la question de savoir si ces sommes sont soumises au même régime protecteur que le salaire lui-même : privilège et superprivilège, domaine de la saisissabilité, prescriptions de la créance, terrain des droits acquis du travailleur, imputation ou non sur le salaire minimum interprofessionnel garanti. Toutes ces difficultés sont loin d'être tranchées d'une manière uniforme par les diverses disciplines, d'autant plus que les textes qui les régissent ou les buts qu'elles poursuivent ne sont pas toujours identiques. On constate alors que l'analyse de la nature juridique de ces sommes versées aux travailleurs est marquée par deux comportements possibles :

— soit une *conception restrictive de la notion de rémunération* dont l'effet majeur est d'exclure du salaire toutes les indemnités ou allocations qui ne trouvent pas leur source dans une disposition de caractère contractuel, individuel ou collectif ;

— soit une *conception extensive de cette même notion de rémunération* qui tend, au contraire, à considérer que ces mêmes sommes ne représentent, en règle générale, qu'une forme particulière de rémunération et que, par voie de conséquence, elles participent de la nature du salaire dont elles empruntent la coloration juridique. L'une est-elle appelée à triompher de l'autre ? Il est difficile, en l'état de notre droit positif, de répondre affirmativement. Mais il est certain que l'évolution commande, comme la logique la plus satisfaisante, une affirmation unitaire du concept de rémunération dans les différentes branches du droit. Dans quel sens cette évolution s'oriente-t-elle ?

La conception extensive semble bien avoir été fermement adoptée par la Cour Suprême dans ses derniers arrêts, mais la Doctrine résiste à cette orientation. Tant et si bien que le choc des deux thèses en présence a pour résultante, dans la pratique, l'existence d'une différenciation des natures juridiques de chaque complément du salaire, chacun de ceux-ci étant en somme apprécié en raison de ses propres règles. A la limite, on semble s'accommoder présentement d'une relativité de la notion de rémunération.

SECTION I

L'ANALYSE DES THESES EN PRESENCE

Originellement, c'est la thèse restrictive de la notion de rémunération qui prévaut. Elle trouve d'abord, semble-t-il, son terrain d'élection dans le Droit du Travail, dont l'interprétation reste enfermée dans les concepts traditionnels du louage de services, puis du contrat de travail.

L'affirmation de la thèse extensive du concept de rémunération devait

être le fait du droit de la Sécurité Sociale, orienté autour de deux idées générales ; il n'est pas nécessaire pour que des compléments soient assimilés au salaire comme assiette des cotisations ou comme base de calcul des prestations, qu'ils soient accordés par l'employeur lui-même ; il n'est pas nécessaire non plus que le complément corresponde à une obligation inéluctable du « solvens légal », conventionnelle, ou née d'usages obligatoires. Le droit de la Sécurité Sociale adopte donc une conception plus large du salaire que celle adoptée par le droit du Travail.

Si on assiste, sur quelques points, à un rapprochement certain entre les deux Droits, lesquels évoluent l'un comme l'autre vers une conception extensive de la rémunération, force nous est de constater que l'analyse du droit positif révèle combien l'écart qui les sépare subsiste et se creuse même, à propos de certains compléments du salaire. Y-a-t-il des raisons convaincantes pour admettre ce dualisme ou bien les disparités actuelles seront-elles appelées à s'effacer ?

A. — LA CONCEPTION RESTRICTIVE DE LA NOTION DE RÉMUNÉRATION DANS LE DROIT DU TRAVAIL.

Faut-il s'étonner que la tendance restrictive soit surtout exprimée en Droit du Travail ? Certes, ceux qui estiment que la législation ouvrière, droit octroyé, a pour fondement les progrès de l'interventionnisme de l'Etat en vue d'assurer la protection des salariés et de promouvoir leur bien-être, seront surpris d'une telle affirmation (1). Il peut paraître en effet paradoxal que le législateur, en tant qu' « autorité protectrice », n'ait pas cru nécessaire, parmi les mesures de réglementation du salaire, de délimiter les éléments compris dans la notion de rémunération. En revanche, le problème se présente différemment si l'on admet la structure dialectique du droit du travail. Celui-ci est alors l'expression juridique, en un moment donné, de l'ensemble des règles édictées en faveur des travailleurs sous l'empire d'une double exigence : la pression des forces sociales se traduisant dans les revendications ouvrières, et la nécessité de préserver et de légaliser ce qu'il y a de fondamental dans l'ordre établi, à savoir l'utilisation de la force de travail humaine, par les propriétaires des instruments de production (2).

La multiplication des formes de rétribution du travail exprime la première de ces exigences ; les insuffisances de la législation ouvrière en matière de définition de la notion de rémunération traduit la survivance des principes juridiques classiques cristallisés dans le Code Civil.

Deux observations permettent de vérifier que le droit du travail n'a pas conquis sa pleine autonomie :

(1) G. Ripert considère que le droit social se crée d'un seul coup. (Les Forces Créatrices du Droit).

(2) G. Lyon-Caen, *Fondements historiques et rationnels du droit du travail*. (Dt. ouvrier, 1951, p. 1).

— d'abord, il ne donne aucune définition légale de la notion de rémunération. En dépit du particularisme du droit du travail sur lequel on met depuis longtemps l'accent, on constate que le salaire est toujours défini par référence au droit commun. Il en résulte que la notion de rémunération reste imprégnée des principes contractualistes et individualistes du Code Civil. Le salaire, c'est *objectivement* et exclusivement, ce qui a été convenu par les parties, dans le contrat, en échange de la prestation de travail.

— ensuite, le droit du Travail ne possède pas encore son propre système juridictionnel. Les différents individuels opposant le capital et le travail, les litiges nés de la réglementation en vigueur, sont soumis à une juridiction spécialisée, le Conseil de Prud'hommes. Mais celle-ci se situe à l'échelon inférieur. Aux degrés supérieurs, les Tribunaux Judiciaires, Cour d'appel et Cour de Cassation, jouent le rôle de régulateurs du droit. Familiarisés avec les principes du droit civil, ils apportent à la solution des litiges qui leur sont soumis, une coloration « civiliste », ne respectant pas les solutions dérogatoires au droit commun que contient la législation du travail. Cette tendance « conservatrice » explique l'interprétation étroite de la notion de rémunération par la jurisprudence.

1. — *L'absence de définition légale.*

Il n'existe pas dans le Droit du Travail de définition générale de la rémunération fournie par la Loi, mais des lois spéciales qui indiquent seulement une orientation. C'est ainsi que l'art. 60 a Livre I du Code du Travail, envisageant les mesures de protection des créances du salarié, limite les règles de la saisie-arrière et de la cession aux salaires et appointements (loi du 12 janvier 1895). La loi du 2 août 1949, qui est venue modifier ledit article, dispose que cette procédure s'applique à « toutes les sommes dues, à titre de *rémunération*, à toutes les personnes salariées travaillant à quelque titre et en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme et la nature de leur contrat ». La généralité du terme « rémunération » semble impliquer l'idée d'une extension du champ d'application de la loi. En réalité, la jurisprudence lui donne une interprétation restrictive en précisant qu'il ne s'agit que des versements opérés en contre-partie du travail effectué. Elle écarte ainsi l'indemnité de congédiement allouée à un ouvrier pour renvoi abusif en l'analysant comme des dommages-intérêts (3). L'art. 44 a du Livre I du Code du Travail, tel qu'il résulte du décret du 24 décembre 1954, dont les dispositions ont été reprises en dernier lieu par le décret du 19 septembre 1959, comporte une définition identique à propos des mentions qui doivent figurer sur le bulletin de paie et y inclut notamment « le montant des diverses primes s'ajoutant à la rémunération » ; mais on considère généralement que ne doivent pas y figurer les rémunérations qui ne sont pas la contre-partie d'un travail effectif. Partant de ces

(3) Tr. Civil Rennes 15.5.1951, JCP 1952 Ed. C.I. II 707 bis.

données, la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 8 novembre 1937 admet que « toutes les allocations stipulées au profit de l'ouvrier, en exécution du contrat de travail, lorsqu'elles ne sont pas le remboursement de dépenses mises à sa charge, ont le caractère de rémunération et comme telles, participent du salaire ». L'application de ces directives générales d'interprétation indique que des îlots de résistance se manifestent contre le phénomène d'extension de la notion ainsi formulée. Aucune discussion ne se présente au sujet de certains compléments : par exemple, les pourboires sont considérés implicitement comme faisant partie intégrante du salaire par les articles 42 a. b. c. d. du Livre I du Code du Travail qui les réglementent quand ils s'ajoutent aux notes des clients : cette solution vaut également pour les avantages en nature, qui, malgré les termes de l'article 43 du Livre I du Code du Travail, doivent être inclus dans le salaire minimum interprofessionnel garanti. Il n'en est plus de même des autres majorations et notamment des primes ou gratifications pour lesquelles un litige s'éleva entre la Chambre Criminelle et la Chambre Sociale de la Cour de Cassation quant à l'appréciation de leur caractère de « complément de fait du salaire ».

2. — *L'interprétation donnée par la Jurisprudence.*

Les solutions jurisprudentielles font appel à des critères objectifs qui se rattachent à l'analyse contractuelle des rapports du travail, et des obligations corrélatives auxquelles ceux-ci donnent naissance. On constate toutefois, qu'au delà de cette ligne générale d'orientation, les décisions de nos Tribunaux se présentent sous un aspect différent selon le complément de salaire en cause. Nos juridictions ont peu varié dans leur appréciation de la nature juridique des gratifications : l'idée de libéralités l'emporte dès lors que celles-ci n'ont pas leur cause dans le contrat liant les parties. Au contraire, l'attitude des juges ne se révèle plus aussi permanente lorsqu'il s'agit de déterminer la qualification exacte des indemnités de congédiement ; dans ce domaine, la jurisprudence abandonne la notion de « rémunération différée » au profit de celle de « réparation » qui semble s'harmoniser mieux avec l'origine de ces versements qui apparaissent à l'instant même où la relation de travail a pris fin.

a) *La gratification « non contractuelle » est une libéralité.*

En ce qui concerne la question de savoir si les gratifications représentent un droit pour le salarié, notamment s'il vient à quitter l'entreprise avant la date annuelle du versement, la Cour de Cassation, dans son arrêt Toutes Chambres Réunies du 5 août 1941 (4), répond négativement en les analysant comme de pures libéralités :

« A défaut d'une convention expresse ou d'un usage constant auquel les parties seraient présumées avoir adhéré, les gratifications accordées

(4) JCP 1941 II 1734.

à leur personnel par les entreprises industrielles ou commerciales sont de pures libéralités. »

M. Hesman, un employé congédié en cours d'année, réclame de son employeur, l'Agence Havas, une gratification accordée à tout le personnel après la date de son propre licenciement. La Cour Suprême estime que le Conseil d'Administration de la Société, en fixant le chiffre de cette gratification plusieurs mois après la fin de l'année, a voulu la réserver aux employés encore au service de l'entreprise au jour de la délibération.

Cette décision confirme la jurisprudence antérieure et notamment l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 novembre 1936 (5), qui rejette également la demande de gratification d'un employé licencié au motif, d'une part, « qu'il n'a pas apporté la preuve que cette gratification lui était due, en vertu d'un engagement de son patron qui la rendait obligatoire, et d'autre part, sur ce qu'on ne pouvait considérer comme constituant un usage de la profession le fait que M. Pical l'aurait bénévolement payée à son employé pendant sept ans ».

Le paiement de la gratification n'est un droit, pour celui qui la revendique, que s'il résulte d'une obligation contractuelle dont l'existence doit être rapportée, conformément à l'art. 1315 du Code Civil, par celui qui en réclame l'exécution (6).

Deux objections peuvent être faites à une telle appréciation. La première fut soulevée par le Conseil de Prud'hommes d'Aix-en-Provence devant lequel l'affaire avait été renvoyée après une première cassation : le vote du Conseil d'Administration pouvait être considéré comme faisant corps avec les contrats individuels de travail de la Société ; la décision de celle-ci à l'égard du défendeur était contraire à l'équité. La seconde, à notre avis, est déterminante : le problème de savoir si une gratification représente ou non un droit acquis par le travailleur est une chose, la référence à l'art. 1315 du Code Civil paraissant à ce point de vue suffisante ; autre chose est celle de déterminer la nature juridique d'une somme versée au travailleur, même si celle-ci s'appelle « gratification ». Dès lors qu'elle est versée, son paiement la transfère dans le patrimoine du salarié qui la considère bien comme un élément de sa rémunération. La tendance restrictive de la jurisprudence est bien manifeste, puisque dans l'arrêt précité du 25 novembre 1936, la Cour de Cassation estime que la simple répétition, plusieurs années de suite, d'une allocation non prévue au contrat ne suffit pas à elle seule à en faire l'objet d'une obligation civile et ce, malgré les dispositions de l'art. 1160 du Code Civil. Elle pose donc la règle que le caractère de pure libéralité des gratifications demeure, en principe laissé à la libre appréciation de l'employeur, règle réaffirmée dans ses arrêts des 21 octobre 1948 (7) et 22 octobre 1953 (8).

Dans l'affaire ayant fait l'objet de cette dernière décision, le 13^e mois

(5) G.P. 1937 I 142.

(6) Arrêt Cour de Cassation. 14.6.1932 (GP 1932 II 439).

(7) JCP 1949 II 4740.

(8) Sté ETACH C/Dme Hardy, GP 1954 I 29. *Dt Social* 1954, p. 94.

avait été supprimé après avoir été versé durant quatre ans, alors que la convention collective du personnel prévoyait un minimum de salaire dans lequel devaient être comptées primes et gratifications. Malgré cette circonstance, la Cour de Cassation rejette la thèse consistant à apprécier cette indemnité comme un véritable supplément de salaire, sa suppression étant intervenue en raison du déficit d'exploitation.

On observe ainsi qu'il est de jurisprudence constante, dans le droit du travail, d'analyser les gratifications comme des libéralités lorsque leur attribution reste subordonnée, pour les exercices à venir, en son principe et en sa quotité, aux résultats financiers de l'entreprise. Le Tribunal de Commerce de Lille le 20 juillet 1956 (9) refuse de voir dans une gratification accordée pendant 25 ans un véritable complément de salaire, parce qu'elle avait été supprimée dans les deux derniers exercices déficitaires et n'avait été attribuée qu'en vertu d'une décision souveraine du Conseil d'Administration. On peut en déduire que la régularité des versements n'est pas un critère suffisant, malgré un usage quasi habituel, pour entraîner l'application de la notion d'usage constant. La Chambre Sociale de la Cour Suprême (10) le 24 janvier 1957 rejette l'idée de permanence créatrice d'un usage constant lorsque les majorations ont un caractère essentiellement variable ; leur nature volontaire et facultative ne comporte aucun engagement pour l'avenir. En définitive, dans le droit du travail, seules les gratifications ou primes prévues par les conventions collectives, le contrat individuel ou un accord tacite lié au contrat, acquièrent la nature juridique de complément de salaire.

Le domaine de la notion d'usage constant est interprété d'une façon si restrictive et assorti d'une telle série de conditions que son intérêt d'application se révèle *illusoire*. Cette règle a pour conséquence d'exclure les dites majorations ou primes du calcul des indemnités réparatrices allouées au salarié en cas de rupture du contrat de travail. Les accessoires de la rémunération ne rentrent donc pas en ligne de compte lorsqu'ils présentent le caractère de libéralités (11).

b) *Le revirement de la Jurisprudence à propos des indemnités de rupture du contrat.*

Nous n'aborderons pas ici le problème de l'indemnité de rupture abusive dont le caractère « réparateur » paraît être le trait dominant. Dans son fondement, celle-ci suppose une faute commise dans l'exercice du droit de résiliation ; par son mode de calcul, elle est subordonnée à l'existence d'un préjudice sur lequel elle se modèle ; enfin son régime juridique rappelle celui du salaire puisqu'elle est assortie du privilège de l'article 2101 du Code Civil et qu'il n'est pas permis d'y renoncer. En revanche, les règles de l'insaisissabilité comme celle de la courte prescription ne s'étendent pas à l'indemnité de rupture abusive que

(9) Loosvelt c/Sté Vandebosch et C^o, Sirey 1957. J 70.

(10) Ch. Soc. 24.I.1957 Remy c/ Sté F. Lerebours et C^o. Qu. Prud. 1957, p. 732.

(11) Cas. Soc. 12.12.1953, *Dt Social* 1954, p. 95.

l'article 23 alinéa 5 du Livre 1 du Code du Travail qualifie au surplus de « dommages-intérêts ».

Aussi, limitons pour l'instant notre analyse aux indemnités de licenciement ou de préavis dont la nature juridique a fait l'objet de multiples discussions (12), d'où l'intérêt du problème posé. Faut-il considérer que celles-ci s'apparentent à une créance du salaire ou bien peut-on faire prévaloir l'idée de « dommages-intérêts » ou même de clause pénale ?

La réponse à cette question est marquée par une évolution caractéristique de la Jurisprudence, qui, après avoir affirmé le caractère « rémunératoire » des dites indemnités adopte la thèse « indemnitaire ».

Très tôt la Cour de Cassation a posé le principe que « l'indemnité de licenciement constitue un complément de salaire en rémunération du travail accompli dans le passé » (13), ce qui a pour conséquence de la soumettre au même régime que les salaires, notamment, pour les règles de la prescription, bien que la Jurisprudence ne la protège pas par le privilège (14).

Le Tribunal Civil de Bordeaux le 15 mars 1956 et la Cour d'Appel de Paris le 18 mars 1953 (Roy c/ Croix Rouge Frse) adoptent cependant une conception différente : l'indemnité de licenciement s'analyserait en une indemnité compensatrice, attribuée à l'employé ayant travaillé pendant une durée déterminée, dans le but de l'indemniser du préjudice résultant du congédiement, préjudice trouvant sa cause juridique dans l'ancienneté de l'employé.

Toutefois, la Cour de Cassation dans ses arrêts des 28 février 1956 et 5 février 1958 (15) marque un revirement de sa jurisprudence à l'occasion des règles nées du droit de la Faillite.

En effet, la question se posait de savoir qui est débiteur de l'indemnité de licenciement lorsque la rupture du contrat de travail intervient par le fait du syndic, postérieurement à l'ouverture de la faillite. Appliquant la thèse admise jusqu'alors par le droit positif que l'indemnité de licenciement est la rétribution du travail passé, la Cour de Cassation dans un arrêt du 8 avril 1930 (16), considérait que si le syndic continue les contrats de travail en cours, en cas de liquidation judiciaire, l'indemnité de licenciement, puisqu'elle rémunère un travail antérieur à la déclaration de la faillite, n'est une dette de la masse que pour le temps écoulé postérieurement à la déclaration de faillite.

Pour le surplus, correspondant à la période antérieure au jugement déclaratif, le salarié devait être soumis à la loi de l'égalité comme créancier dans la masse.

(12) Durand et Vitu, *Op. cit.* Tome II n° 485.

(13) Cass. Soc. 19.7.45 qu. Prud. 1945. 163 ; JCP 1952 II Ed CI 7189.

(14) Paris 28.10.1941, G.P. 1941. 2.476 Tribunal Civil Seine 25.10.36. q.P. 1939. 329.

(15) Cass. Com. 5.2.58. JCP 1958 II 10441. Dans le même sens Cass. Soc. 10.4.59. Ets Fougac c/ Razaire. q. Prud. 1959.712.

(16) Cass. Civ. 8.4.1930, DH 1930, 297.

Le 5 février 1958, la Chambre Commerciale adopte une nouvelle analyse de l'indemnité de licenciement en considérant que celle-ci n'est plus la contre-partie d'un travail fourni par cet employé et n'est donc plus un élément du salaire : elle n'est que la conséquence de l'application d'une simple clause pénale de « dommages-intérêts », réparant le préjudice « sui-généris » causé à l'employé par la rupture du contrat. Celle-ci étant le fait exclusif de la masse, le salarié bénéficie d'une situation privilégiée pour le tout, même pour la portion d'indemnité afférente à la période d'emploi antérieure au jugement de Faillite ; il devient créancier de celle-ci pour la totalité de l'indemnité de licenciement qui lui est due. « La créance du salarié devient ainsi indivisible, ce qui est contraire à l'idée de complément de salaire ».

Ce caractère d'indivisibilité avait déjà été mis en évidence par la Cour de Paris le 25 juin 1955 (17) qui, à propos de la faillite, avait condamné cette conception d'un supplément de salaires rémunérant le travail fourni pendant un temps déterminé et acquis au fur et à mesure : « un tel fractionnement apparaissant arbitraire et contraire à la nature de cette indemnité qui constitue un tout indivisible... » Celle-ci constitue « un capital et non un revenu périodique comme le salaire », elle n'est pas la rémunération du travail. La Cour y voit également la compensation d'un préjudice subi, la mise en œuvre d'une clause pénale. Elle rejoint ainsi la position du droit fiscal qui l'analyse comme un capital et non un revenu : selon la jurisprudence du Conseil d'Etat du 19 février 1945 (18), l'indemnité de licenciement est exclue de l'assiette de la taxe sur les salaires de 5 %. Cette thèse avait été déjà admise, dès 1941, par une circulaire du Secrétaire d'Etat au Travail qui soulignait : « l'indemnité de licenciement est le prix de la rupture du contrat de travail ». Elle a les faveurs de certains auteurs (19) qui font valoir entr'autres arguments que, dans ces conditions d'ouverture, l'indemnité se caractérise mal avec la notion de complément qui implique la notion de droit acquis au profit du travailleur. Or, précisément, celui-ci ne la perçoit pas en cas de départ volontaire, de force majeure ou de faute grave du salarié. Au surplus, on soutient l'opinion plus subtile que les indemnités en question n'étant justement dues que lorsque les relations de travail ont pris fin, elles n'apparaissent donc plus comme la contre-partie d'un travail effectué. Enfin un argument de texte est également invoqué : celui de l'art. 23 du Livre 1^{er} du Code du Travail qui, en matière d'inobservation du délai congé ne parle pas du salaire mais énonce que les « dommages-intérêts qui peuvent être accordés... ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat ».

Remarquons cependant qu'il ne s'agit là, en fait, que d'un argument d'analogie très fragile, car l'indemnité de licenciement stricto-sensu est exclusive de toute idée de faute, alors que celle visée par l'article 23 du Livre 1^{er} du Code du Travail a pour objet la réparation du dommage causé par un abus de droit commis dans la rupture du lien contractuel.

(17) *Droit ouvrier*, 1956, 123.

(18) Voir CE. 25.10.1937, 6.12.1937.

(19) GH. Camerlynck (JCP 1957, I. 1391).

En ce qui concerne l'indemnité de préavis, la Chambre Sociale de la Cour Suprême n'a-t-elle pas aussi retenu le 2 février 1945 que le régime juridique du salaire ne lui est pas appliqué, puisqu'en cas de cession de l'entreprise, la dite indemnité reste à la charge exclusive de l'ancien employeur. Le cessionnaire n'en étant pas débiteur, il ne s'agit pas d'une véritable dette de l'entreprise.

Telle apparaît l'analyse classique des indemnités de licenciement ou de préavis, analyse qui s'harmonise avec les règles de la relation de travail qui, ayant pris fin, suppose que les sommes ainsi versées ne trouvent plus en elle leur source et acquièrent un caractère essentiellement « indemnitaire » et non « rémunérateur ».

Il est certain, cependant, que l'évolution économique et sociale semble aller à l'encontre d'une notion trop restrictive du salaire. Si l'on abandonne « la conception étroite et périmée du salaire, créance strictement calculée dans le cadre d'un contrat synallagmatique, au fur et à mesure de l'accomplissement effectif de la contre-prestation de travail », alors l'idée de « libéralité » s'estompe, celle d'indemnité réparatrice n'apparaît plus aussi homogène. Cette tendance inverse va être exprimée surtout par le Droit de la Sécurité Sociale qui ainsi, se détache du Droit du Travail ; elle fut énoncée aussi par la Cour Suprême qui, en matière d'assiette de cotisations, semble préférer à un autre critère objectif (l'existence d'usages) un critère subjectif plus souple : le complément (primes, gratifications, indemnités)... est-il ou non « attendu » par le personnel, est-il prévisible ou imprévisible ? (20)

B. — LA CONCEPTION EXTENSIVE DE LA NOTION DE RÉMUNÉRATION DANS LE DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE.

On ne peut dégager ici que la note dominante tant il est vrai que la science du droit est faite autant de nuances que de contrastes (21). Mais cette nouvelle orientation dans le sens d'un élargissement de la notion de rémunération se décèle sur tous les plans, législatif, doctrinal et jurisprudentiel.

1. -- *L'évolution des textes législatifs et la position de la Doctrine.*

Les textes fixant l'assiette des cotisations de Sécurité Sociale marquent cette progression constante. Le Décret-Loi du 28 octobre 1935, dans ses articles 1 et 2 p. 2, modifié par l'art. 19 de la loi du 14 mars 1941, substitue déjà au terme de « salaires » celui de « rémunérations » et « sommes » revenant à l'assuré : « Pour déterminer lors de chaque paye, le montant de la rémunération sur laquelle doivent être calculées la contribution ouvrière et la contribution patronale, l'employeur retrace des sommes revenant à l'assuré, le montant des allocations familiales qui y seraient

(20) Cass. Civ. 16-11-1956, Bull. Civil, II 394.

(21) Dupeyroux — Note sous arrêt du 24-2-1960 — Dal. 1960. 551 où il est dit : « La Science du Droit est faite de nuances, bien plus que de contrastes ».

comprises et y ajoute, le cas échéant, les avantages en nature dont l'assuré a bénéficié pendant la période considérée ». La généralité de la terminologie rend, en fait, difficile la délimitation des éléments constituant la rémunération soumise à des cotisations, d'autant plus que le R.A.P. du 11 juillet 1939 ne donne aucune précision à ce sujet (22). Cette imprécision demeure avec les nouveaux textes ; l'art. 31 de l'ordonnance du 4 octobre 1945, s'exprime ainsi : « les cotisation des assurances sociales, des allocations familiales et des accidents du travail sont assises sur l'ensemble des salaires ou gains perçus par les bénéficiaires... » La juxtaposition du mot « gains » à l'expression « salaires » paraît bien marquer qu'en dehors des salaires, au sens strict du terme, il convient d'inclure dans l'assiette des cotisations les ressources non qualifiées de salaires. Mais s'agissait-il des « gains » correspondant à une période d'emploi effectif ? Fallait-il uniquement retenir les sommes « contractuellement dues » au salarié ? L'indécision subsiste d'autant plus que l'art. 145 § 1^{er} du Décret du 8 juin 1946, portant application de l'ordonnance du 4 octobre 1945, revient au terme plus général de « rémunération ».

« Les cotisations sont calculées sur la rémunération versée lors de chaque paye, compte tenu, s'il y a lieu, des avantages en nature et des pourboires... »

La Loi du 20 mars 1954 (23), en ajoutant un article 31 *bis* à l'ordonnance du 4 octobre 1945, permet de répondre à ces questions et donne une définition plus précise et combien plus large de la notion de rémunération. « Pour le calcul des cotisations... sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées ou dues aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail ». Et plus loin, elle énumère les « rémunérations » en y mentionnant « les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers, à titre de pourboires ».

Il semble ainsi désormais, que toutes les sommes qui vont accroître le patrimoine du salarié et qui se rattachent de près ou de loin à la relation de travail, font partie intégrante de la rémunération, sans qu'il soit tenu compte si elles sont allouées en considération du travail fourni ; l'adverbe « notamment », annonçant la liste des sommes soumises à cotisations, s'interprétant traditionnellement comme donnant à ce texte une valeur énumérative et non simplement limitative. Une réserve est toutefois à faire dans ce domaine ; seules sont exclues de la rémunération les primes et indemnités ayant le caractère de remboursement de frais réellement exposés par le travailleur à l'occasion du travail, « dans les conditions et limites fixées par des arrêtés ministériels », précise l'art. 31 *bis* de l'ordonnance du 4 octobre 1945 (art. 120 du Code de la Sécurité Sociale).

Cette extension de la notion de rémunération suit le même processus à propos du salaire de base servant au calcul des prestations en espèces de la Sécurité Sociale.

(22) *Traité de la Sécurité Sociale*, Titre III, Ch. I, p. 101.

(23) Loi n° 54. 301 — *J.O.* 21-3-1954.

Ce parallélisme est commandé par le fait, qu'en règle générale, seuls sont retenus en assurance maladie pour la détermination du gain journalier de base, les salaires ou gains ayant donné lieu au précompte des cotisations de Sécurité Sociale, dans la limite du plafond légal. De plus, en matière d'accidents du travail, l'art. 103 alinéa 1^{er} du Décret du 31 décembre 1945, modifié par le décret du 24 mars 1953 (24), inclut dans le salaire servant de base au calcul de l'indemnité journalière et des rentes, « l'ensemble des salaires ou gains afférents à la période à considérer ». Bien que les termes employés ne soient pas identiques, cette définition a la même signification que celle de l'art. 31 bis ou celle de l'art. 145 du R.A.P. du 8 juin 46 qui fixe les éléments de rémunération entrant dans l'assiette des cotisations de Sécurité Sociale.

La loi du 20 mars 1954 marque-t-elle le terme d'une évolution ou ne représente-t-elle qu'une simple étape dans un processus continu tendant à grouper sous un dénominateur commun tous les compléments du salaire d'origine contractuelle ? La doctrine est loin d'être affirmative dans un sens comme dans l'autre. Elle relève notamment les contradictions qui se font jour dans la pensée du législateur lorsqu'il exonère du paiement des charges sociales, avec l'ordonnance du 7 février 1959, les participations attribuées aux salariés à titre d'« intéressement » du personnel à l'entreprise.

Ces différentes modalités d'intéressement (participation au capital, au bénéfice et, depuis le décret du 21 mai-1960, à l'accroissement de la production) confèrent au travailleur un revenu en capital ou un revenu distinct de la rémunération du travail. Cette législation, résolument restrictive, va à l'encontre de la tendance jusqu'ici dominante, à l'extension du concept de rémunération du travail (25) et s'oppose au principe inscrit dans l'art. 120 du Code de la Sécurité Sociale. D'autres auteurs considèrent que la loi du 20 mars 1954 ne modifie pas la jurisprudence antérieure en matière de complément de salaire, les termes de « sommes versées ou dues en contre-partie ou à l'occasion d'un travail » pouvant être interprétés comme englobant toute rémunération découlant d'un usage constant ou d'une situation contractuelle comportant obligation de donner, pour l'employeur (26). De même le mot « dues », peut dans l'esprit des juges, impliquer une situation contractuelle, de sorte que les gratifications ou indemnités que l'employeur accorde « bénévolement » continuent ainsi à échapper à l'assiette des cotisations.

Ces auteurs en déduisent que le nouveau texte de l'art. 120 du Code de la Sécurité Sociale produit un effet favorable au salarié, celui du renversement de la charge de la preuve qui incombe désormais à l'employeur ; celui-ci devra justifier que la somme versée, même à

(24) *J.O.* 28-3-1953 — *J.C.P.* 1953, III 17732.

(25) G. Lyon-Caen : *Le salaire dans le Droit du Travail et dans le Droit de la Sécurité Sociale*. Droit Social 1960, pp. 613 et suivantes. P. Durand : L'ordonnance du 7-2-1959 tendant à favoriser l'association et l'intéressement des travailleurs à l'entreprise. Droit Social 1959, pp. 78 et suivantes.

(26) Pochon. Note sur arrêts Cass. Civ. 2^e S. civ. du 26-6-1957, D. 1958.J.55. Monique Marseille. Problèmes soulevés par les gratifications de fin d'année. *Dall.* 1958, ch. p. 11.

l' « occasion du travail », représente une « libéralité » et en tant que telle, ne peut être considérée comme un complément de salaire.

Si une telle opinion est admise, il faut reconnaître que la jurisprudence antérieure à la loi du 20 mars 1954 peut dès lors continuer à s'appliquer dans un certain nombre de cas. S'agit-il en vérité d'un simple problème de preuve ? Ce serait, dans l'affirmative, aller à l'encontre des intentions du législateur, dont la préoccupation paraît avoir été de définir un concept de rémunération suffisamment clair pour mettre fin aux anciennes hésitations. Ainsi que le fait observer M. Pochon, dans sa note sur les deux arrêts du 26 juin 1957 (27), la loi, en admettant les gratifications, primes, indemnités, comme éléments du salaire, confirme la jurisprudence et semble admettre qu'il n'y ait plus nécessité de rechercher leur caractère exceptionnel ou non. A notre avis, l'esprit et la lettre de l'art. 120 du Code de la Sécurité Sociale laissent plutôt à penser que la loi a « dépassé » la position jurisprudentielle en matière de compléments de salaire. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que l'attitude des juridictions, sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 20 mars 1954, loin de refléter une élégante unité, ne manque pas d'être assez contradictoire. N'est-il pas plus exact, dès lors, de préciser que la loi « cristallise » plutôt la jurisprudence dominante qui est marquée déjà par cette tendance à l'extension du concept de rémunération. Son analyse, loin d'être inutile, est susceptible de confirmer notre thèse.

2. — *L'orientation nouvelle de la jurisprudence et sa tentative de « dépasser » l'analyse classique du salaire.*

Cette ligne d'évolution annonçant de la part de nos juridictions une volonté certaine de rechercher des critères susceptibles de donner au concept de rémunération un contenu plus large fut très longue à se dessiner. Dans cette orientation nouvelle, deux éléments semblent avoir joué un rôle décisif ; d'abord l'Administration qui s'est efforcée, par son interprétation des textes sur la Sécurité Sociale, de reculer au maximum les limites de la notion de salaire, bien qu'elle ait été obligée de tempérer son appréciation dans le domaine des indemnités de rupture ; ensuite, la Cour de Cassation qui en prenant en considération l'état d'esprit du salarié à l'égard des compléments qu'il percevait, substitue au vieux critère objectif, un critère moderne et subjectif.

a) *Un facteur d'évolution : la thèse extensive de l'Administration.*

Sous l'empire du décret-loi du 28 octobre 1935, les interprétations qu'en donnent les services ministériels et les tribunaux sont d'abord assez restrictives en ce sens que seules sont considérées comme rémunérations celles correspondantes à une période d'emploi effectif. Mieux, la Cour de Cassation le 24 mai 1946 (28) affirme que, « dans les dispositions des textes susvisés, les termes « rémunération » et « salaires », y sont

(27) D. 1958, p. 55.

(28) Bull. Jurid. SS. 33.47. C 1 AS.

employés comme synonymes ; qu'en particulier l'art. 1^{er} (du décret-loi du 28-10-1935) en subordonnant l'assujettissement obligatoire aux Assurances Sociales à la condition que la rémunération totale du travailleur ne dépasse pas un certain taux, n'a pu se référer qu'à la rémunération contractuellement due... ». Mais une évolution se manifeste avec les textes de 1945 et on la rencontre déjà dans une décision du 30 novembre 1950 rendue par la Commission de 1^{re} instance de Villefranche (Bull. Jur. I. 51 C 1 A.S. Rose) : « Attendu d'une part, que sous l'empire des nouveaux textes il est inexact de prétendre qu'il faut tenir compte uniquement du salaire contractuellement dû au salarié pour le calcul des contributions ouvrières et patronales, que les cotisations des Assurances Sociales sont assises désormais sur l'ensemble des salaires ou gains perçus par les bénéficiaires... » Dans une décision précédente, la Commission Régionale d'Appel de Strasbourg (29) estime qu'il résulte des art. 2 et 3 de l'Ordonnance du 19 octobre 1945 et de l'art. 31 de l'Ordonnance du 4 octobre 1945, que le législateur a voulu englober dans la notion de « rémunération » aussi bien le salaire proprement dit que tout gain, quelle qu'en soit la nature, perçu par l'assuré en contre-partie de son travail...

La position de l'Administration se précise dans la circulaire 340 SS du 13 décembre 1947 : « D'une manière générale, il convient de rechercher si la prime, indemnité ou gratification est allouée en considération du travail fourni par l'assuré, ou au contraire, en remboursement de frais réellement exposés par lui pour l'accomplissement de son travail » ; la circulaire établit ainsi, à partir de ce principe, une distinction entre les « gratifications de fin d'année » considérées comme supplément de salaire et les gratifications accordées à l'occasion d'une naissance, d'un mariage, d'un décès, appréciées comme « libéralités » ; les premières sont incluses dans l'assiette des cotisations, les autres ne supportent pas les cotisations.

Dépasant l'interprétation admise par la jurisprudence en matière de Droit du Travail, le Ministre du Travail, dans une réponse écrite (30), considère que « les gratifications de fin d'année allouées sous forme de participations aux bénéfices représentent un élément de la rémunération des assurés bénéficiaires, *même si leur attribution ne résulte pas expressément des stipulations du contrat collectif ou individuel du travail, ni des usages de la profession ou de l'entreprise...* » Cette interprétation n'est pas cependant adoptée par la jurisprudence, mais elle est bien l'expression d'une tendance extensive visant à inclure dans la notion de rémunération toutes les sommes versées au salarié même en dehors de toute obligation légale, contractuelle ou naturelle. Elle dépasse nettement le cadre étroit du contrat de travail ou des usages professionnels.

C'est ainsi que le principe posé par la circulaire 340 SS a pour conséquence de conférer à l'indemnité de préavis une nature juridique différente selon que le salarié licencié continue ou non à travailler pendant la durée du délai-congé. Si l'exécution de la prestation de travail

(29) Bull. jurid. SS. 42.49. C 1 AS.

(30) J.O.C.R. 21-7-1949. Bull. juri. 30.49. C 1 AS Rose.

n'est pas interrompue, l'indemnité de préavis s'apparente à un véritable salaire ; dans le cas inverse, la nature de « rémunération » ne lui est plus reconnue en l'absence d'une contre-partie de travail. De même, revenant sur les termes d'une lettre ministérielle du 24 octobre 1946 exonérant des cotisations de Sécurité Sociale les indemnités accordées en cas de licenciement, même si elles sont prévues par la convention collective ou par le statut du personnel de l'entreprise, la circulaire 340 SS leur confère le caractère de salaire, de façon d'ailleurs inexpliquée, puisque dans cette hypothèse, le contrat étant résilié, la prestation de travail a pris fin. Il semble que l'Administration, désireuse de donner le maximum de développement à la tendance extensive de la notion de rémunération, se soit toutefois laissée aller à certaines contradictions, nées du principe général qu'elle a posé, à savoir que « la nature de salaire ne peut être reconnue qu'aux sommes ayant leur cause dans le travail fourni ».

La thèse administrative est d'autant plus difficile à défendre qu'elle est manifestement en opposition avec la jurisprudence constante du Conseil d'Etat. Dans ses arrêts du 1^{er} janvier 1929 — 3 mai 1937 — 25 octobre 1937 et 6 décembre 1937, la Haute Assemblée confère aux indemnités de licenciement le caractère de dommages-intérêts. En revanche, dans un arrêt du 10 novembre 1947, elle assimile à un salaire l'indemnité de préavis, qu'il y ait ou non travail au cours du délai congé. Sentant l'instabilité de sa position l'Administration modifie radicalement ses vues dans la circulaire 236 SS du 31 juillet 1948, et s'aligne sur la juridiction administrative.

« Le salaire de congédiement alloué à un employé licencié, c'est-à-dire le salaire correspondant au délai de préavis, a bien le caractère de salaire... aussi bien dans le cas où le bénéficiaire continue d'occuper son emploi pendant la durée du délai de préavis, que dans celui où, ayant immédiatement cessé ses fonctions, il n'a effectué aucun travail pendant ce délai... ».

« L'indemnité de licenciement proprement dite, allouée en sus de l'indemnité légale de préavis, doit être regardée comme constituant des dommages-intérêts... ».

Ces directives sont confirmées par une lettre du 9 août 1949 et dans une réponse écrite (31). Ont-elles pour autant clarifié le débat ? Tout au plus peut-on dire qu'elles apparaissent comme la manifestation de l'influence exercée par les principes classiques admis en droit commun sur la législation de Sécurité Sociale, dont le dynamisme est attesté par cette « propension non conformiste » à s'égarer hors des sentiers battus des règles de droit privé. Conférer le caractère de salaire à tous les compléments versés au travailleur, c'est abandonner trop délibérément la conception contractualiste qui, nous l'avons vu, reste encore la règle dans le Droit du Travail. Une telle attitude ne peut manquer de s'accompagner de certaines résistances qui viennent d'être soulignées et qui se reflètent dans les décisions des Commissions Contentieuses de la Sécurité Sociale. Le moins qu'on puisse dire est qu'elles manquent souvent d'unité,

(31) J.O.A.N. 19-11-1951. Bull. Jur. 50.51. C 1 AS Rose.

bien qu'on y découvre une certaine solution de continuité vers un principe d'extension croissante du contenu de la notion de rémunération.

b) *Un « tournant » de la Jurisprudence.*

C'est ainsi que les premières décisions rendues, et que nous avons citées, mettaient l'accent sur le caractère contractuel de la rémunération. La Commission de 1^{re} Instance de Niort du 21 décembre 1949, souligne « qu'il convient de ne pas déformer par une extension abusive le sens propre des expressions « salaires et gains » de l'art. 31 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 et « rémunération » de l'ordonnance du 19 octobre 1945 », où prédomine l'idée de contre-partie, d'obligation contractuelle ou morale... ». Celle de Périgueux, le 27 avril 1950, note « que les salaires, gains ou rémunérations, supposent toujours une contre-partie de la part des ouvriers ou employés ». Mais la distinction entre les libéralités exceptionnelles accordées par l'employeur à l'occasion d'un événement extraordinaire, naissance, mariage, etc..., auxquelles on confère le caractère de simple cadeau d'usage, exclusif de toute idée « rémunératoire » et les gratifications considérées au contraire comme ayant la nature de suppléments de salaire, reste délicate.

α) *L'adoption par la Cour de Cassation du critère subjectif de « prévisibilité ».*

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation assouplit sa doctrine : alors qu'elle refuse de considérer ces libéralités comme un complément de salaire dans l'affaire Service Régional des Assurances Sociales de Lille contre Sté Cima Wallut (32) le 24 mai 1946, elle adopte la solution inverse dans l'affaire de la Sté Paleta (33). Pour la première fois, son interprétation large marque un effort en vue de la recherche d'un critère subjectif s'opposant au critère objectif ayant cours dans le Droit du Travail (Arrêt du 5 août 1941). Elle souligne « que la régularité des gratifications pendant plusieurs années, leur attribution en cours d'exercice, sans attendre les résultats financiers, leur octroi au moment de leurs congés à des employés ayant quitté leur emploi au cours des années 1944 et 1945 étaient de nature à persuader le personnel qu'elles constituaient un complément de salaire, en conformité d'un usage constant de l'entreprise et d'un accord tacite des parties au moment de l'embauche... ». Ce critère reste dominé par le principe essentiel de l'interprétation des volontés en matière contractuelle : constitue donc un supplément de salaire, la gratification sur l'octroi de laquelle le salarié peut légitimement et raisonnablement compter au moment de l'embauche ; au contraire est libéralité la somme dont l'attribution au moment de la conclusion du contrat de travail est imprévisible.

C'est le même critère que la Cour Suprême adopte dans ses deux arrêts du 4 décembre 1952 (34). « L'octroi des gratifications n'était pas

(32) Cass. Soc. 24-5-1946. (J.C.P. 1946, Ed. G. p. 101.)

(33) Cass. Soc. 20-7-1950. J.C.P. 1951, II 6095.

(34) J.C.P. 1953 II 7419.

en l'espèce de nature à persuader le personnel qu'elles constituaient un complément de salaire ; elles ne pouvaient lui apparaître que comme des gratifications bénévoles, sans consécration d'un usage constant ou d'un accord tacite des parties liées au contrat ». On aperçoit aussitôt l'écart qui sépare les positions de notre Haute Juridiction à quelques années d'intervalle.

La Chambre Sociale, en 1945, pour apprécier l'esprit libéral de l'employeur, croit le trouver dans l'absence d'obligations contractuelles, individuelles ou collectives, ou d'obligations nées d'un usage prolongé et constant, dans le fait que la gratification ne présente aucun lien avec la durée de présence du gratifié dans l'usine, avec le chiffre d'affaires ou le résultat de l'entreprise. En 1952, la Cour Suprême (Civ. 2^e sect. 4-12-52 1^{re} espèce) ne se fonde plus, pour écarter la gratuité, que sur l'obligation née du contrat ou de l'usage constant, et, pour l'admettre, sur la seule liberté de l'employeur d'octroyer ou non la gratification alors même que, liée à la durée du travail et aux bénéfices de l'entreprise, elle semble toute proche d'une ristourne, contre-partie des services rendus et de profits amassés (35).

En vérité la Jurisprudence, dans son évolution, en arrive surtout à ne considérer que l'état d'esprit du salarié au regard de la gratification. Peut-il raisonnablement être persuadé que celle-ci est obligatoire pour le patron, lequel ne fait en la lui octroyant qu'exécuter le contrat ou se conformer à un usage de l'entreprise ? Alors elle est un salaire. Est-elle imprévisible pour le salarié, exceptionnelle et constituant pour lui une surprise sur laquelle il ne pouvait compter ? Elle devient « libéralité ». Tel est le sens également de l'arrêt Schwebel contre Caisse Primaire de Sécurité Sociale de Strasbourg du 19 février 1954 (36) et aussi celui de l'arrêt Francolor (37).

Le 11 juillet 1956, la Chambre Civile de la Cour de Cassation (38) examine si certaines gratifications, notamment celles qualifiées de prime de vacances ou de bilan, peuvent être considérées comme accessoires du salaire. Il s'agit d'espèces antérieures à la loi du 20 mars 1954. L'examen des cinq arrêts (39) fait bien apparaître que la Jurisprudence ne varie pas dans ses principes, en les appliquant aux cas particuliers considérés. Certes, dans les trois premières affaires, les décisions rendues par les Commissions Régionales sont cassées pour insuffisance de motifs, notamment parce qu'elles n'ont pas recherché les éléments de faits pouvant justifier le critère de distinction précédemment posé par la Cour Suprême, c'est-à-dire l'élément subjectif de prévisibilité. En revanche, dans les 4^e et 5^e espèces, la Cour Suprême retient d'abord « qu'une réclamation soigneusement fondée sur un usage de trois ans et le mode de calcul

(35) Note Delagrangé, Arrêt 19-2-1954, D. 1954, p. 781.

(36) Dalloz 1954, p. 781.

(37) Civ. Section Sociale 19-2-1954, D. 1954, p. 363.

(38) Cass. 11-7-56, GP 1956. 2. 150. D 1957 461.

(39) 1^{re} espèce : *Sté Gle contre Caisse Primaire SS de Limoges*.

2^e espèce : *Crédit Lyonnais contre Caisse Prim. de La Corrèze*.

3^e espèce : *Sté Macherat contre CAF de Bourg*.

4^e espèce : *Crédit Lyonnais contre CAF de Limoges*.

5^e espèce : *Jobard et Stoub contre URSSAF*.

suffit à justifier le caractère de supplément de salaire », ensuite, qu'usage pendant cinq ans est suffisant, même s'il n'y a pas d'accord tacite, ni de mode particulier de calcul. Malgré toutes ces subtilités on devine l'inéluctabilité de l'abandon de la conception classique du salaire, contre-partie immédiate de la prestation de travail.

β). — L'incertitude des juridictions inférieures.

Il faut reconnaître que la position très avancée de la Cour Suprême contraste avec les divergences des décisions rendues par les Commissions Contentieuses de la Sécurité Sociale. Alors que la Commission Régionale de Sécurité Sociale de Lille (40) fait la même analyse et considère la prime de bilan allouée comme faisant partie de l'assiette des cotisations, en revanche, la Commission Régionale de Paris, à quatre reprises et notamment dans sa décision du 10 janvier 1956 (41), conclut en sens opposé, étant donné « l'absence de droit conventionnel et l'aléa de la réalisation des bénéfices ». Plus tard, le 7 novembre 1956 (42), cette dernière juridiction réaffirme sa position : « les primes allouées par les banques, avant la loi de 1954, n'ont pas le caractère d'un salaire car la fourniture de travail étant l'objet du contrat, la rémunération du travail concrétise l'exécution d'une obligation contractuelle dont l'étendue est fixée par l'échange des consentements des parties au contrat ou par l'accord tacite de celles-ci, en vertu d'un usage constant équivalent à une convention ». Ce qu'oubliaient les juges du fond, c'est que l'agent, en acceptant de s'embaucher dans l'entreprise, prend en considération, tacitement, tous les avantages que le statut lui offre, à ce moment-là, comme contre-partie de son engagement (43). Notre raisonnement concorde bien avec l'intention des parties et surtout avec la conviction du salarié, d'où l'importance attachée par la Cour Suprême aux dispositions psychologiques du salarié à l'égard des compléments qu'il reçoit.

Le même partage se retrouve dans les décisions des Juridictions inférieures, à propos de l'indemnité de préavis pour laquelle semblable question se pose : doit-elle, en tant qu'élément de rémunération, être soumise aux cotisations de Sécurité Sociale ? Question à laquelle les Commissions Régionales n'ont jamais apporté une réponse unanime. Si la Commission de Rennes, le 14 janvier 1958, se prononce dans un sens résolument négatif, à l'inverse les hésitations de celle de Paris sont frappantes : après avoir assimilé l'indemnité à un salaire dans une décision du 1^{er} avril 1955, elle renverse sa propre jurisprudence dans ses sentences des 25 janvier 1957 et 22 novembre 1957, et consacre la thèse diamétralement opposée ; puis elle finit par adopter le 11 février 1958, l'idée intermédiaire de simple « présomption de salaire » appelée à s'effacer si le travailleur congédié trouve un autre emploi pendant le délai-congé. La Commission veut écarter ainsi une objection gênante : le travailleur peut-il être considéré comme salarié d'une entreprise pour laquelle il ne travaille plus, alors qu'il est (44) déjà employé par une autre ? Aussi

(40) Cn Rég. Lille 7-6-1955 et 23-5-1959 — G.P. 1956. 2. 242.

(41) Dal. 1956. 248.

(42) G.P. 8-2-1957.

(43) Dupeyroux, *Note sous arrêt Cour d'Appel Toulouse* 9-10-1959, D. 1960 — 48.

les juges prennent-ils la précaution de préciser leur pensée, en soulignant que « cette présomption de salaire servant de base aux cotisations de Sécurité Sociale pourrait tomber s'il était établi que, bénéficiaire de l'indemnité de préavis, le travailleur trouve immédiatement un nouvel emploi rémunéré provoquant une double perception de cotisations ».

Cette idée n'est pas retenue par la Cour de Cassation qui semble s'orienter résolument, comme nous le verrons à propos des substituts du salaire, en faveur d'une conception extensive de la notion de rémunération ; elle rejette les solutions intermédiaires admettant la possibilité d'une partition de la nature juridique du salaire selon l'emploi du temps du salarié et sa situation juridique sur le marché du travail au moment de la perception de l'indemnité de préavis. Reconnaissons la fragilité de cet argument qui ne peut être retenu puisque l'art. 147 par. 4 du R.A.P. du 8 juin 1946 admet implicitement en autorisant le partage des cotisations entre chaque employeur, qu'un travailleur puisse avoir deux ou plusieurs employeurs au cours de la même période. Aussi, dans son arrêt du 24 février 1960, cassant la décision de la Cour Régionale d'Appel de Rennes précitée, elle s'oriente vers une conception nettement extensive de la notion de rémunération en prenant parti, pour la première fois, de la façon la plus nette, sur la nature de cette indemnité, et affirme : « l'indemnité de préavis est par essence, un salaire » alors que jusqu'ici l'on s'était prononcé seulement sur le problème de savoir si, par analogie, le régime juridique du salaire pouvait lui être étendu.

Comme le fait remarquer M. Dupeyroux, la Cour Suprême confirme l'analyse de M. Camerlynck qui, à propos du montant de l'indemnité, écrit : « En réalité ne s'agit-il pas beaucoup plus que d'un simple mode d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts et ne se trouve-t-on pas tout simplement en présence d'une créance de salaire » ? (45) Le droit de la Sécurité Sociale abandonne donc la conception trop étroitement synallagmatique du salaire et lui substitue la notion plus large d'appartenance du salarié à l'entreprise qui le prend en charge. Ainsi que le souligne la Commission Régionale de Sécurité Sociale de Paris, le 17 juin 1958, statuant dans le cadre de la loi du 20 mars 1954 à propos d'une prime d'augmentation du capital versé par les S.A. Société Générale et Coopesage à leur personnel, « il suffit... pour que la cotisation frappe la rémunération, qu'il y ait prestation en argent ou en nature, prestation accordée au travailleur, enfin une prestation accordée en contre-partie et à l'occasion du travail et même s'il existe un lien très lâche entre le travail et la rémunération ».

Il n'y a plus guère de place pour la volonté libérale (46) et le propre de la sécurité semble être d'exclure toute spontanéité et tout imprévu. Voilà pourquoi il importe beaucoup que le salarié croit ou non recevoir son dû. Le domaine du geste bénévole de l'entreprise se rétrécit de plus en plus ; même en matière d'indemnités de « congédiement » (préavis, brusque rupture, licenciement) le caractère « rémunératoire » l'emporte

(44) Dupeyroux, *Note s/arrêt 26-2-60. Cass. Soc. Civ. 2° Section*, D. 1960 — 551.

(45) Camerlynck, *Traité pratique de la rupture du Contrat de travail*, pp. 96-97.

(46) Delagrance, *Op. cit.* D. 1954, p. 781.

sur l'esprit « indemnitaire ». Mais l'existence de deux conceptions du salaire a pour conséquence une accumulation de solutions disparates, qui se révèlent dans la nature juridique différenciée attribuée à chaque forme de complément de salaire, selon que l'on envisage l'une ou l'autre thèse. Doit-on admettre que l'interprétation ne puisse ramener les solutions particulières à l'unité et à la simplicité ? Les compléments du salaire ne trouvent-ils pas en définitive leur fondement juridique dans la prestation de travail envisagée, non plus seulement comme actuelle, mais comme passée ou même future ?

SECTION II

LA NATURE JURIDIQUE DIFFERENCIEE DES COMPLEMENTS CONTRACTUELS DU SALAIRE ET LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT JURIDIQUE UNITAIRE

En vérité l'analyse juridique permet de découvrir que, dans le cadre des relations de travail, les divers éléments qui s'ajoutent au salaire proprement dit participent bien de la nature de celui-ci, car leur fondement peut être trouvé dans le travail accompli par le salarié. N'est-on pas dès lors, en présence d'un phénomène de transformation externe du concept de salaire ? La rémunération du travail prend des formes multiples, mais toutes ces différenciations « formelles » trouvent leur cause « matérielle » dans l'accomplissement de la prestation de travail.

Si l'on envisage d'examiner le problème sous cet angle, on « découvre » que tous les compléments de rémunération qui ont vocation à tomber dans le patrimoine du travailleur possèdent une origine commune, un fondement unitaire ; ils demeurent, malgré les apparences, la contrepartie juridique tant immédiate que médiate de la prestation de travail. Cette optique nouvelle révèle combien il est illusoire de parler de relativité de la notion de rémunération dans le domaine contractuel. Cette relativité, par son contenu purement « formel », témoigne des métamorphoses qui affectent le concept classique de salaire.

Certes, le paiement du salaire est toujours conditionné par l'exécution de la prestation de travail. Cependant dans la mesure où celle-ci est une obligation de faire ayant un caractère strictement personnel, le droit moderne prend de plus en plus en considération la personne même du travailleur qui est tenue de cette obligation. La prestation de travail n'est plus un acte « abstrait ». Par voie de conséquence, le salaire cesse également d'être un « prix forfaitaire » apprécié *in abstracto*. Il s'humanise ; c'est-à-dire qu'il acquiert un contenu humain concret, parce qu'il représente dans le patrimoine du travailleur un élément d'actif venant compenser l'accroissement du passif produit par la mise à la disposition d'autrui de la force de travail, émanation de la personne humaine.

Cette évolution se vérifie dans deux domaines.

D'abord, à propos des primes et gratifications de tout ordre dont le travailleur est appelé à bénéficier. Parfois, ces « accessoires » du salaire

se rattachent à l'idée de profit ; mais la qualification dominante est celle de « libéralités ». On observe cependant une tendance annonçant le recul de l'idée de libéralité au profit de celle de rémunération ; la théorie de l'acte à titre gratuit est d'interprétation restrictive dans les relations de travail.

— Ensuite, à l'égard des « sommes » allouées au travailleur en cas de rupture de contrat. Celles-ci ont une double nature juridique apparemment contradictoire : prenant naissance au moment même ou la prestation de travail est interrompue, leur caractère « indemnitaire » découle de l'existence d'une obligation de réparation à la charge de l'employeur ; mais il n'est possible de découvrir le fondement de cette obligation de réparation qu'en faisant appel à l'idée de « rémunération ». Le problème d'une nouvelle analyse juridique des indemnités réparatrices est ainsi posé.

A. — LA DISPARITION PROGRESSIVE DE L'IDÉE DE « LIBÉRALITÉ ».

Il s'agit là d'une observation que nous avons déjà formulée lors de l'étude des compléments de salaire « à finalité sociale » : la notion de libéralité qui semble avoir inspiré l'éclosion de cette forme nouvelle de rémunération ne permet plus d'expliquer la nature juridique des compléments familiaux du salaire.

La tendance en cette matière est dans le sens d'une disparition plus ou moins accentuée de l'idée de libéralité. Elle est nettement apparente dans le domaine des prestations familiales légales qui représentent aujourd'hui une contribution de la collectivité aux charges de famille. Cependant dans le cadre même de la conception originaire de « sursalaire familial », doctrine et jurisprudence se sont attachées à démontrer que le paiement de ces « accessoires » ne procède pas d'une intention libérale de l'employeur ; celui-ci espère retrouver dans son patrimoine, l'équivalent de la prestation qu'il abandonne et dont la contre-partie s'apprécie dans les valeurs morales et d'avenir des chargés de famille.

Cette remarque conserve toute sa valeur dans l'analyse de la nature juridique des suppléments familiaux attribués aujourd'hui par certains employeurs en sus des prestations de la loi du 22 août 1946. Elle explique pourquoi ces indemnités s'apparentent beaucoup plus à une « rémunération à affectation spéciale » qu'à une « libéralité » consentie volontairement dans l'intérêt exclusif du gratifié.

Faut-il considérer qu'une telle analyse n'est plus valable lorsqu'on envisage les autres primes ou gratifications parce que l'« animus donandi », critère déterminant de l'intention libérale, préside ici à leur octroi ? C'est ce qu'il convient de vérifier et cette recherche mérite d'être présentée sous deux optiques différentes selon que la « libéralité » ainsi consentie au salarié émane soit d'un tiers étranger aux parties contractantes (pourboires), soit directement de l'employeur lui-même (gratifications).

1) *Les pourboires.*

Leur origine les différencie des gratifications parce qu'ils représentent des sommes d'argent versées au salarié, non par l'employeur, mais par des tiers, les clients, qui sont étrangers au contrat de travail. R. Von Ihering le faisait déjà observer : « Le salarié n'est lié par aucun rapport juridique à la clientèle, le service qu'il lui rend a sa cause, non pas dans un contrat de travail entre lui et le client, mais entre lui et le patron ». Cependant, il n'en demeure pas moins qu'à l'égard de la clientèle, lorsque celle-ci le verse volontairement et sans obligation, le pourboire, laissé à l'appréciation de celui qui le « donne », s'apparente à un acte à titre gratuit puisqu'on ne peut admettre l'existence d'un lien de subordination entre le client et l'employé. Cette thèse qui analyse le pourboire comme un geste généreux du client en récompense des services rendus, n'a été retenue ni par la Doctrine, ni par la Jurisprudence, en raison précisément des multiples objections qu'elle soulève.

La théorie de l'acte à titre gratuit est inapplicable même si on l'envisage uniquement dans les rapports « client-employé ». Un mobile psychologique motive son versement, la satisfaction procurée au client ; le Tribunal de Paix de Paris, le 7 décembre 1902 (47), y voit « la récompense d'un zèle qui a fait ses preuves ». Sous cet angle l'*animus donandi* est inexistant puisque le client espère de son geste libéral une contrepartie. On ne saurait pas plus y voir un acte à titre onéreux, puisqu'il n'y a aucun lien juridique unissant les rapports des parties : dans ce cas, le pourboire d'ailleurs serait vicié d'immoralité dans sa cause, car payé au salarié à l'occasion d'un acte de son emploi : la jurisprudence considère qu'il est immoral de se faire payer pour accomplir son devoir (Ripert : la règle morale dans les obligations civiles) ; le salarié ne fait qu'accomplir la tâche imposée par son employeur et son activité s'exerce dans le cadre du contrat conclu avec celui-ci (48).

Peut-on admettre l'idée de donation indirecte en supposant que le client, en versant le pourboire, acquitte la dette de l'employeur ? Cette opinion manque de base juridique, car le paiement de la dette d'autrui ne peut-être faite « *animo donandi* » que si la libéralité s'adresse au débiteur et non au créancier. Il ne fait aucun doute que le client entend, c'est bien son intention, gratifier l'employé et non l'employeur. Soutenir le contraire serait un non sens.

Aussi, la Cour de Cassation dans son arrêt du 15 avril 1929 (49) en décidant, sous l'empire de la loi du 9 avril 1898, que le pourboire est un supplément de salaire, dont il faut tenir compte pour calculer l'indemnité permanente due en cas d'incapacité de travail, lui attribue une double nature juridique. Vis-à-vis de la clientèle, le pourboire se distingue du salaire puisqu'il respecte l'intention libérale de celle-ci, mais il emprunte au salaire sa nature juridique à l'égard du personnel. Nous

(47) G.P. 1902 2. 704.

(48) D.P. 1930 I. 37, Note Voirin.

(49) Brun et Galland, *Traité Droit du Travail*, p. 214.

serions donc en présence d'un acte à titre gratuit, coloré d'un caractère rémunérateur.

L'analyse de la Cour est-elle valable ? Conforme à celle retenue dans deux arrêts précédents (50), on en fournit cette explication : le pourboire est un salaire « payé par des tiers, puisqu'en réalité ces tiers acquittent la dette du patron ». En vérité, on peut retrouver, par un détour, l'idée exprimée par la Cour Suprême : le phénomène d'incidence du pourboire sur le salaire fixe démontre qu'en distribuant des pourboires, la clientèle rend possible, dans les rapports de l'employeur et de son personnel, la stipulation d'un salaire réduit. On peut donc en déduire que le client n'acquitte pas la dette du patron, « mais lui épargne de contracter une dette, celle du complément de salaire dont tiennent lieu les pourboires ». « Attendu, disent les arrêts, que dans des entreprises où l'usage veut que l'ouvrier reçoive un pourboire du client et où, par suite, le chef d'entreprise ne lui paie qu'un salaire inférieur à celui qui est alloué aux ouvriers de même catégorie, sans rapport avec le public »... Il s'agit donc bien d'un supplément dont il est tenu compte pour déterminer la rémunération effective de l'ouvrier. S'il sort du patrimoine du client à titre de don, il entre bien dans celui du préposé à titre de salaire.

C'est cette conception de rémunération supplémentaire indirecte qui a été finalement retenue par la Jurisprudence (51). Cette évolution vers l'abandon complet de l'idée de libéralité s'affirme lorsque le pourboire, ajouté sous forme de majoration des factures, se détache entièrement du titre gratuit pour devenir, purement et simplement, un « service » c'est-à-dire à la fois pour le client et pour le patron. Créées à l'origine, par la clientèle, dans son propre intérêt pour s'assurer un meilleur service, l'institution devient entre les mains du patron un moyen d'assurer un meilleur rendement de son affaire. Le « service » n'apparaît plus dès lors comme un supplément ; il se transforme en un substitut dans la mesure où il a pour conséquence la réduction du salaire fixe et, à la limite la disparition totale de celui-ci : le pourboire représente, dans cette dernière alternative, le seul mode de rémunération du travailleur.

On aperçoit combien cette formule s'apparente à une forme de salaire au rendement. Le Conseiller Patin, dans ses conclusions de l'arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation du 16 décembre 1954, ne le souligne-t-il pas en observant : « que ce mode de rétribution présente l'avantage pour le personnel de faire varier le salaire effectif en proportion du travail accompli... », le salaire s'élève de plus en plus à mesure qu'augmente le nombre de clients à servir ». La Chambre Civile le 2 juillet 1937 (52) fait la même constatation en des termes similaires : « Le pourboire destiné à rémunérer le travail de l'employé doit être compris dans le salaire. Donc, l'équivalent doit lui être payé à titre d'indemnité pendant la durée du congé payé ». Règle confirmée dans l'affaire de l'Hôtel Carlton de Cannes (Cass. 16 décembre 1954 citée) et

(50) Civ. 15-3-1904, D.P. 1904. 1. 553 6^e espèce. Civ. 27-4-1925, D.H. 1925. 387.

(51) Cass. 2-6-37. D.H. 1937, p. 408 — Cass. Soc. 23-6-39. D.H. 1939, p. 435.

(52) D.H. 1937, p. 408 (Roger contre Vallée) .

par l'art. 54 j du Livre II du Code du Travail, qui impose à l'employeur le versement sur ses propres deniers d'une somme égale aux pourboires, comme si l'ayant droit avait travaillé.

Nous sommes très loin de la notion de don indirect : le salarié acquiert un droit à l'intégralité des pourboires résultant du « service » (53) ; celui-ci devient une véritable obligation juridique pour le client, car on admet qu'il a pour contre-partie juridique les services rendus par le préposé dans l'exercice de son emploi, agissant pour le compte de son patron qui, les premières décisions des Tribunaux l'affirmaient déjà, « en retire un avantage indirect » (54).

2) *Les gratifications.*

Le domaine du geste bénévole s'est considérablement restreint avec le pourboire, cette forme de « gratification » émanant d'un tiers étranger au contrat de travail. La même transformation devait affecter inéluctablement et pour les mêmes raisons le geste bénévole de l'employeur lui-même, partie à la relation du travail. La gratification est aussi une somme d'argent remise par l'employeur à certains de ses salariés pour marquer la satisfaction qu'il éprouve, suite à leur comportement dans le travail (55), par exemple le 13^e mois, les primes de bilan ou celles destinées à fêter un évènement familial très particulier, exceptionnel, touchant la vie du travailleur, telles les primes de naissance ou de mariage.

Au sens étymologique et strict du terme sous lequel ces sommes sont désignées, nous nous trouvons en présence de « libéralités ». Le propre d'une « libéralité » est de rester soumise à l'entière discrétion de son auteur qui, gardant le droit de ne pas la faire, a nécessairement le droit de la subordonner aux conditions de son choix et de la réserver aux bénéficiaires de sa convenance. Ceci explique les difficultés éprouvées par la Jurisprudence à faire une distinction entre celles qui demeurent de véritables libéralités et celles qui deviennent des suppléments de salaires.

Dans la recherche d'un critère permettant de ne pas les confondre, la jurisprudence a raisonné surtout à partir du contrat de travail. Après avoir admis que, seules participent du salaire les gratifications prévues par une « stipulation expresse du contrat individuel ou collectif ou un usage constant » (56), sans définir les éléments constitutifs de celui-ci, les juges en sont venus à reconnaître qu'il y a usage constant lorsque trois faits, envisagés concurremment, concrétisent la gratification : *sa généralité*, qui suppose son paiement à tout le personnel de l'entreprise (57), *sa constance*, ce qui exclut l'éventualité d'un acte discrétionnaire de

(53) P. Voirin, D.H. 1930, Chr. p. 2, Cass. 16-1-30. D.H. 1930. 129.

(54) Paris 31-5-1910 — Tb Civil de Pau 17-5-1912.

(55) Brun et Galland, *Op. cit.* p. 211.

(56) Cour de Cass. Ch. Réunies 5-8-1941, J.C.P. 1941 II. 1734.

(57) Civ. 14-6-1932 GP 1932. 2. 439, 1^{er} esp.

l'employeur, sa *fixité*, révélatrice du défaut de liberté de l'employeur d'en déterminer un quantum variable (58).

Il est vrai que la généralité, la permanence, l'obligation, sont révélateurs de l'existence d'une règle de droit (59). Cependant le fait même qu'aucune obligation ne pèse sur l'employeur, en raison de l'absence de cette règle de droit, a-t-il pour conséquence de modifier la nature juridique d'une indemnité et de lui retirer le caractère de complément du salaire ? D'ailleurs, comme l'observent MM. Durand et Vitu « le paiement d'une gratification versée chaque année n'implique pas nécessairement la création d'un usage ». En effet, la seule répétition d'un acte n'en modifie pas la nature juridique et une libéralité ne se transforme pas en caractère onéreux parce qu'elle est régulièrement consentie (60).

Aussi le droit de la Sécurité Sociale en vient-il à quitter le terrain de la règle de droit, critère objectif, pour aborder le domaine du « subjectif ». C'est l'état d'esprit du salarié au regard de la gratification qui fait de celle-ci un salaire ou une libéralité (61), selon qu'il la considère ou non comme due. En vérité, la voie est ouverte à une nouvelle analyse de la gratification : dans les relations de travail la théorie de l'acte gratuit est d'interprétation restrictive.

En droit civil, l'intention de gratifier, « l'*animus donandi* », est l'âme de l'acte gratuit, sa cause abstraite, idéalement morale et licite. Un dépouillement sans contre-partie cesse d'être une donation, si cette cause fait défaut (62). De plus, le contrat est de bienfaisance lorsqu'une seule des parties procure à l'autre un avantage sans rien recevoir en échange (63). La donation suppose donc deux éléments : l'absence d'équivalent, élément matériel et l'intention libérale, élément psychologique (64). La cause est la conscience et la volonté de n'avoir pas d'équivalent. Mais il y a l'hypothèse des faits du gratifié qui procurent au disposant un avantage purement moral. L'existence de ce simple intérêt moral transforme l'acte à titre gratuit en un acte à titre onéreux.

Comment le déceler ? Seule la recherche d'intention, selon M. Hamel, permet de le découvrir par une analyse psychologique difficile. Le disposant a-t-il eu le désir de se procurer une satisfaction égoïste, sans aucune pensée de sacrifice, au profit d'un intérêt étranger : l'acte serait à titre onéreux. Au contraire cette jouissance morale est-elle seulement la satisfaction intime que procure l'accomplissement d'un devoir supérieur d'amour, de charité, d'altruisme, l'acte appartient au royaume des libéralités. On ne peut donc dire, comme le soutient M. Perreau (65) que « le propre d'une libéralité est essentiellement de rester soumise à l'entière discrétion de son auteur qui, gardant le droit de ne pas la faire, a nécessairement le droit de la subordonner aux conditions de son choix

(58) Soc. 20-3-1945, D 1945 J 223.

(59) Durand et Vitu, *Op. cit.* Tome II n° 363, p. 687.

(60) Durand et Vitu, *Op. cit.*

(61) *Arrêt Cour. Cass.* 4-12-1952, J.C.P. 1953 II 7419.

(62) Champeaux, « L'acte à titre gratuit ». Thèse Strasbourg 1931.

(63) Planiol et Ripert. Tome 6 par Esmein. N° 37.

(64) Répertoire Civil Dalloz. Donations n° 6.

(65) Note s/arrêt Cass. 5-8-1941. *Op. cit.*

et de la réserver aux bénéficiaires de sa convenance », mais bien plutôt dans le désintéressement total de l'employeur, critère de l'acte gratuit.

Peut-on affirmer que celui-ci n'espère aucune contre-partie, lorsqu'il alloue une gratification à son employé ? Est-il mû par un sentiment d'altruisme ? La réponse ne fait aucun doute : son geste vise à récompenser les services rendus, lorsque la gratification est fonction des résultats obtenus dans l'entreprise et, dans les autres hypothèses, la prime joue le rôle évident d'inciter le travailleur à améliorer dans le futur son activité, tant sur le plan quantitatif que qualitatif.

Elle peut être aussi la récompense de valeurs morales et d'avenir que représentent chez l'ouvrier sa stabilité, son attachement à l'entreprise, sa fidélité, son sens de la communauté de travail, son zèle, son dévouement etc... C'est ce que n'a pas aperçu la Cour de Cassation toutes Chambres Réunies du 5 août 1941 qui, à juste titre, avait admis l'absence d'un droit acquis à la gratification en fonction des éléments de faits versés au débat, mais avait conclu à tort qu'il s'agissait d'une libéralité : l'Agence Havas en subordonnant le paiement à la présence de l'employé en fin d'exercice entendait récompenser, d'une part une fidélité persistant cinq mois plus tard et d'autre part, ne pas rétribuer un salarié qui, ayant quitté l'entreprise, ne présentait pour elle aucun intérêt éventuel dans le futur.

La fidélité des services prolongés bien au-delà de l'exercice dont les bénéfices les paieront à une valeur pécuniaire indéniable, qui a été prise en considération par l'employeur, ce qui suffit à donner à l'acte accompli une coloration juridique « onéreuse ». De même, le fait que la gratification ne soit pas « générale » confirme ce point de vue, l'employeur désirant faire une distinction entre les ouvriers médiocres et les travailleurs consciencieux : son geste « bénévole » a pour contre-partie le meilleur travail accompli par ceux-ci et l'espoir que ceux-là seront incités, dans l'avenir, à agir de même.

L'analyse concrète de la condition des parties révèle donc que l'esprit « libéral » demeure l'exception et que la gratification trouve sa contre-partie immédiate ou médiate dans le travail accompli par l'ouvrier, ou espéré de lui. Il n'y a plus guère de place pour la volonté « libérale ». C'est l'idée exprimée par les décisions récentes en date du 26 juin 1957 de la Cour de Cassation (66). Dans la 1^{re} espèce, opposant l'U.R.S.S.A.F. de Douai à la Banque Dufour & C^o qui avait formé un pourvoi contre la décision de la Commission Régionale d'Appel de Lille du 15 novembre 1955 laquelle avait assujéti les primes de bilan, la Cour note : « Attendu qu'attribuée en fonction des notes obtenues, de l'assiduité et du travail fourni ; qu'instituée par l'association professionnelle des banques, non dans une intention libérale, mais pour mettre un terme à des revendications pressantes, elle revêtait, aux yeux des employés comme à ceux des employeurs, le caractère d'un véritable complément de salaire ». Dans l'affaire Sté Papeterie de Navarre contre C.P.S.S. et C.A.F. de la Haute-Vienne (2^e espèce — pourvoi contre décision Commission Régionale d'appel de Limoges du 7 juin 1953), la Haute

Juridiction est encore plus explicite en soulignant que le fait que les primes versées au personnel « soient qualifiées de libéralités exceptionnelles » n'en modifie pas la nature ; qu'attribuées, selon une pratique courante, en contre-partie du travail accompli, elles devaient être considérées comme un élément de la rémunération du travail ».

Ces arrêts ont été rendus dans l'état du droit positif existant depuis la loi du 20 mars 1954, bien que le litige fût né antérieurement. Mais ils s'inscrivent dans cette tendance nouvelle affirmée par la loi précitée visant à inclure dans la rémunération « toutes les sommes versées ou dues au travailleur en contre-partie ou à l'occasion du travail ».

Le chemin parcouru depuis l'arrêt toutes Chambres Réunies du 5 août 1941 n'est-il pas considérable ?

A la règle selon laquelle les gratifications demeurent en principe des libéralités fait place la règle en vertu de laquelle elles représentent une rémunération du travail. Dans les deux formules la preuve du contraire est toujours admise. Mais alors que, dans la première hypothèse, la charge de la preuve de l'intégration dans le salaire incombait au salarié (arrêt précité et arrêt Chamb. Civ. 4 décembre 1952, JCP 1953 II 7419 sur la base de l'article 1315 du Code Civil), dans la tendance moderne, exprimée par la loi du 20 mars 1954, toute somme versée à l'occasion du travail est présumée être un « salaire ».

A la présomption de « libéralité » se substitue une présomption de « salaire » qu'il appartient à l'employeur et non plus au salarié de renverser, en démontrant la gratuité du versement, l'existence réelle de l'*animus donandi*. Or, lorsqu'on sait la difficulté d'apporter la preuve de l'intention libérale, qui suppose une analyse psychologique, la question se pose de savoir si cette présomption de salaire, présomption simple en droit, ne devient pas en fait une présomption quasi-irréfragable.

N'est-ce pas d'ailleurs à cette même idée de « présomption de salaire » que fait appel la Commission Régionale d'appel de Paris dans sa décision du 11 février 1958, pour expliquer la nature juridique de l'indemnité de préavis ? Mais les données du problème sont ici différentes, car il ne s'agit plus de « libéralités » mais d'indemnités allouées au travailleur dans l'hypothèse où le contrat vient à prendre fin et qui s'ajoutent, elles aussi, au dernier salaire.

B. — VERS UNE NOUVELLE ANALYSE JURIDIQUE DES « INDEMNITÉS RÉPARATRICES ».

Dans certaines hypothèses, le salarié perçoit des sommes que l'on désigne généralement sous le vocable d'indemnités réparatrices. On traduit par là l'idée de dédommagement du travailleur, le souci de compenser l'appauvrissement de son patrimoine. Ce manque à gagner peut résulter tantôt des conditions dans lesquelles s'accomplit la prestation de travail, tantôt de la disparition même du contrat de travail, celui-ci étant, ou bien arrivé à son terme, ou bien rompu par le fait de l'une des parties, généralement l'employeur.

En effet, l'exécution du travail peut soit exposer le salarié à des

frais qu'il ne doit pas supporter, soit lui faire subir certains dommages. L'employeur lui en effectue le remboursement sur justification de leur réalité ou bien lui alloue une « indemnité compensatrice » forfaitaire, dont le quantum se rapproche le plus possible du montant de la dépense engagée et tend parfois même à le dépasser. On peut citer notamment, les indemnités de frais de route, de transport, de repas ou de séjour, (couvrant les frais d'hôtel et de restaurant), l'indemnité de long déplacement (notamment dans les entreprises du bâtiment et des travaux publics), l'indemnité d'outillage (lorsque le salarié fournit ses propres instruments de travail), la prime classique de panier et la prime de salissure ou d'usure des vêtements (67).

Ces indemnités ou primes compensent la perte subie par le patrimoine du salarié, qui en fait l'avance. Vues sous cet angle, elles ont une parenté avec les indemnités de « congédiement » versées en cas de rupture de contrat de travail qui, elles aussi, ont un caractère « compensatoire ». Mais alors que dans le secteur des dépenses professionnelles l'appauvrissement du patrimoine du travailleur ne fait aucun doute, avec les indemnités de « rupture » il ne s'agit que d'une « éventualité » d'appauvrissement. La fin brutale du contrat peut-être, pour l'ouvrier, la cause d'une perte actuelle ou simplement la cause d'un risque de perte future. Les unes et les autres ont enfin ceci de commun qu'elles ne correspondent pas à l'accomplissement d'un travail. Cependant, ce facteur d'analogie est moins évident : si, en règle générale, le « remboursement des dépenses » n'est pas la contre-partie du travail du salarié, il n'est pas de même des indemnités de « congédiement », la Cour Suprême ayant affirmé pour l'une d'elles, dans son arrêt Chambre Civile du 24 février 1960, que « l'indemnité de préavis est par essence un salaire ». A leur sujet se pose donc la question de savoir si leur nature juridique doit s'analyser différemment et si le critère « rémunératoire » doit l'emporter sur le « caractère » indemnitaire ».

1) *Le caractère « suspect » des dépenses professionnelles.*

De prime abord, il semble qu'aucun problème ne se pose au sujet des sommes représentant des frais réels engagés par le salarié dans l'exercice de ses fonctions. Dès l'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, la Jurisprudence décide très tôt qu'il n'y a pas lieu, pour calculer le salaire de base, d'ajouter au salaire les remboursements de dépenses imposées au travailleur en raison de sa profession (68). La même règle est réaffirmée par la Chambre Sociale de la Cour de Cassation le 11 mai 1948 (69) : les remboursements de dépenses professionnelles n'ont pas à être considérés comme la contre-partie du travail du salarié. Cependant, dans certains cas, le mode de calcul forfaitaire de l'indemnité est susceptible de dépasser le montant des dépenses réelles de telle manière que l'ouvrier peut jouir d'une marge bénéficiaire qui

(67) Durand et Vitu. *Op. cit.* Tome II, p. 677 — n° 360.

(68) Civ. 27-10-1903, D.P. 1904 — 1. 73.

(69) J.C.P. 1948 II 101.

représente pour lui un avantage (70) pouvant être considéré comme un supplément de salaire : l'employeur ne déguise-t-il pas ainsi une augmentation de salaire ?

Le fait est que la distinction n'est pas toujours aisée ; parfois les deux éléments se confondent, ce qui explique, à cet égard, l'attitude méfiante de l'Administration, qu'il s'agisse du fisc ou de la Sécurité Sociale. Ce caractère suspect est souligné par la Cour des Comptes : ces diverses indemnités « constituent en réalité des suppléments de salaires déguisés échappant aux cotisations de Sécurité Sociale » (71). Elle le justifie en notant que les entreprises essaient de se soustraire sans grand risque à leurs obligations en modifiant la dénomination donnée à la somme versée pour que celle-ci figure dans la liste des indemnités représentatives de frais, donnée par la circulaire 340 SS du 14 décembre 1947. Le fait que le Ministre du travail soit dans l'obligation d'adjoindre un état discriminatif à sa circulaire pour différencier les prestations qui ont un caractère de complément de salaire, de celles qui ne l'ont pas, situe l'importance attachée à la question, d'ailleurs expressément mentionnée : « Bon nombre d'employeurs versent à leur personnel des indemnités dites de salissures, d'usure de vêtements, de bicyclette etc... Il y a lieu de penser, dit ce Ministre, que les sommes ainsi allouées aux intéressés ne correspondent pas vraiment à des frais qu'ils ont exposés ». Pour certaines primes l'application des principes énoncés s'avère cependant délicate. Aussi, à propos des primes de panier et de casse-croûte et des indemnités de transport, un critère distinctif est-il proposé. Ces deux catégories peuvent, tantôt être assimilées à un salaire, tantôt être considérées comme un remboursement réel de frais selon que leur attribution au personnel est habituelle ou non, en raison de l'éloignement du domicile du lieu de travail. Si le déplacement est exceptionnel, la prime allouée à cette occasion ne constitue pas un complément de salaire ; si celle-ci est servie d'une façon régulière et non plus occasionnelle, parce que l'ouvrier est éloigné en permanence de son lieu de travail, toute notion « indemnitaire » est exclue. On explique cette différenciation en considérant que le salarié qui se déplace chaque jour organise son mode de vie en conséquence et que la prime devient un avantage puisqu'elle correspond à son entretien normal. Ce raisonnement est-il valable pour la prime de panier ou de casse-croûte ? Il est quelque peu arbitraire ; même si le déplacement est habituel le repas pris hors du domicile expose, dans une certaine mesure, à des frais supplémentaires qu'il s'agit de compenser ; pour le surplus seulement, l'indemnité est un avantage ; elle a donc en vérité une nature dualiste dont la partition s'avère en tout cas impossible. La distinction est bien plus arbitraire pour les frais de transport puisque ceux-ci ne varient pas selon la fréquence des déplacements, à moins d'une utilisation de tarifs spéciaux (carte d'abonnement, tarifs réduits) ou de moyen de locomotion moins onéreux, dont l'employeur saura cependant tenir compte dans l'évaluation du quantum de la prime. Enfin le principe ainsi posé n'est pas appliqué dans toute sa rigueur, puisqu'assez para-

(70) Rouast, *Les avantages complémentaires du salaire Dt. Social* 1948, p. 370.

(71) *Annexe Administrative, J.O.* 18-3-1952, p. 148.

doxalement les « indemnités dites de long déplacement » allouées dans le bâtiment sont, en tout état de cause, exonérées du versement des cotisations de Sécurité Sociale et exclues du calcul du versement forfaitaire de 5 %, sans avoir à tenir compte de leur caractère, habituel ou exceptionnel (72). De même la prime spéciale uniforme mensuelle de transport instituée au bénéfice des travailleurs de la Région Parisienne, par l'arrêté du 28 septembre 1948 (73), n'est pas soumise aux charges sociales (74). Toutes ces contradictions marquent la difficulté de dégager un critérium valable et la jurisprudence ne manque pas de les souligner, ni d'en tirer argument pour exonérer les primes de déplacement allouées dans le même but par des entreprises de province et calculées uniquement en fonction de la distance séparant le domicile du salarié de son lieu de travail (75). La Commission Régionale d'Appel de Strasbourg motive sa décision, en soutenant que leur assimilation à un salaire aurait pour conséquence leur incorporation dans les indemnités journalières de maladie qui seraient augmentées d'autant, ce qui peut paraître injustifié, le salarié ne subissant pas de frais professionnels si son travail est suspendu.

On retrouve une manifestation de cette tendance à ignorer la valeur interprétative des circulaires ministérielles dans les arrêts de la Cour de Cassation relatifs aux abattements pour frais professionnels, qui admettent l'application cumulative des deux déductions : celle correspondant aux indemnités réellement perçues en compensation des frais effectivement exposés, ajoutée à l'abattement forfaitaire correspondant aux frais professionnels et autorisé en supplément dans certaines activités professionnelles (76).

L'arrêté du 14 septembre 1960 (77) pris en application de l'article L 120 du Code de la Sécurité Sociale met fin à cette interprétation. Confirmant l'avis n° 257 763 de la Section Sociale du Conseil d'Etat en date du 6 mai 1952, ce texte accorde un droit d'option à l'employeur : les indemnités au titre de frais d'emploi, de service, de route et autres allocations similaires s'ajoutent au salaire s'il est fait application de la déduction supplémentaire prévue par l'article IV du Code Général des Impôts ; elles sont à exclure de la rémunération dans le cas contraire ou bien encore si l'employeur ne peut bénéficier d'une telle déduction en raison de la nature de sa profession. Cependant, dans cette dernière hypothèse, apparaît à travers l'arrêté l'idée nouvelle consistant à fixer, par un texte opposable aux tiers et calqué sur les dispositions fiscales, une limitation

(72) La jurisprudence a admis l'application du principe, malgré le caractère forfaitaire de ces indemnités, qui sont destinées à compenser les dépenses supplémentaires incombant aux salariés du fait de la longueur de leurs déplacements, et qui constituent le dédommagement des frais inhabituels, réellement exposés par eux dans l'exercice de leur profession (Cass. Civ. II 29-1-1958. URSSAFC/Hullin) (J.C.P. 1958 II 10-549 4^e espèce).

(73) *J.O.* 30-9-1948, 4 et 5 octobre 1948.

(74) *Cir.* 25-10-1948 — *J.O.* 26-10-1948.

(75) *Com. Régionale d'Appel de Strasbourg* 9-12-1951 — *J.C.P.* 1952. II. 7039 ; *Com. 1^{re} Inst. Laon* 25-11-1954, *G.P.* 1955.1.160 ; *Com. Rég. d'Appel Paris* 21-10-1955.

(76) *Cass. Civ. II* 12.7.1957, *J.C.P.* 1958 II 10549 1^{re} esp. — 20-7-1957, *GP* 1957 2.278, 2^e esp. ; 27-11-1957 et 29-1-1958. *J.C.P.* 1958 II. 10.549 3^e et 4^e esp.

(77) *J.O.* 26-9-1960, *J.C.P.* 1960 III 26093.

des frais professionnels déductibles. Reprenant les termes de l'article 81 du Code Général des Impôts, l'arrêté subordonne cette déduction à la justification par l'employeur que les allocations qui ont un *caractère forfaitaire* sont « effectivement utilisées conformément à leur objet » (78), c'est-à-dire qu'elles « traduisent en fait une dépense réelle à la charge des bénéficiaires ». Ainsi le droit de la Sécurité Sociale et le droit fiscal semblent avoir refait sur ce point leur unité en manifestant une égale défiance à l'égard de toutes les indemnités « compensatrices de frais », dont la double nature juridique est suspectée de cacher une augmentation de salaire déguisée. Cette unité n'est-elle pas marquée par le désir d'inclure dans la notion de rémunération « tout élément qui s'ajoute au salaire de manière à augmenter le niveau de vie du travailleur ou à lui donner plus de facilité de vie ou simplement à lui procurer des agréments d'ordre extra-pécuniaire » (79) et qui trouve sa cause dans le travail accompli ?

C'est précisément parce qu'elles ont leur source dans le travail passé, en raison notamment de leur mode de calcul en fonction de l'ancienneté, que certaines primes de congédiement peuvent être considérées comme participant de la même nature juridique que le salaire.

2. — *La double nature juridique rémunératoire et indemnitaire des indemnités de rupture du Contrat de Travail.*

Dans ce domaine l'incertitude la plus totale semble être la règle. Il se dégage de l'analyse comparée des thèses extensive et restrictive de la notion de rémunération, que ces indemnités s'analysent, tantôt comme des dommages-intérêts versés au salarié à titre de réparation du préjudice causé par la rupture du lien contractuel, tantôt comme un salaire garanti, perspective très proche du système allemand qui invoque notamment comme argument les modes de calcul de leur montant. Cette confusion est d'autant plus accentuée que la Jurisprudence marque des revirements spectaculaires tels que ceux déjà soulignés. Celle-ci abandonne la conception « rémunératoire » dans l'indemnité de licenciement (80), pour l'adopter à propos de l'indemnité de préavis dans l'arrêt déjà cité du 24 février 1960. Une place spéciale est faite à l'indemnité de rupture abusive en raison de la coloration délictuelle qui semble exclure à la fois l'idée de responsabilité contractuelle et la notion de rémunération.

La loi du 20 mars 1954, en considérant comme rémunération toutes les sommes versées en plus du salaire, « en contre-partie ou à l'occasion du travail », semble oublier toutes ces distinctions et admettre désormais que toutes ces indemnités sont revêtues d'un vêtement juridique « rémunératoire ». La recherche d'un fondement juridique s'annonce bien hasardeuse. Ne semble-t-il pas plutôt que la difficulté réside, en particulier, dans ce souci de vouloir adopter exclusivement l'une ou l'autre

(78) Circ. 36 SS du 10-3-1961.

(79) Rouast, *Les avantages complémentaires du salaire*. Dt Social 1948, p. 371.

(80) Cass. Comm. 5-2-1958, J.C.P. 1958 II 10.441.

conception ? En vérité, les règles du droit de la responsabilité y trouvent leur application, mêlée au nouveau contenu original du contrat de travail qui s'apprécie moins sur le plan synallagmatique que sous l'angle de l'appartenance de l'ouvrier à l'entreprise à laquelle il s'intègre. Les hésitations de la Jurisprudence, l'attitude controversée de la Doctrine, tant en France qu'à l'étranger (81) sont dominées par cette idée de choix entre les deux conceptions principales alors qu'aucune option ne se pose entre elles. Comment dissocier en effet deux notions qui se complètent : les indemnités de rupture du contrat de travail ne sont-elles pas à la fois une rémunération et la réparation d'un dommage ? Pourquoi ne pas y voir une forme de rémunération particulière liée à l'absence de relation de travail et devenant ainsi un salaire « indemnitaire » ayant indubitablement pour objet d'éviter au salarié un appauvrissement trouvant sa cause dans l'enrichissement indu de l'employeur ?

a) L'idée indemnitaire et l'existence d'une obligation de réparation.

Le point commun de ces diverses indemnités est de prendre leur source dans la résiliation du contrat de travail ; leur versement coïncide précisément avec la fin de la relation de travail et parfois même intervient postérieurement à celle-ci. Aucune difficulté ne se présente si le contrat de travail est à durée déterminée, c'est le jeu normal des règles de la responsabilité contractuelle qui fixe la condition des parties ; la résiliation du contrat, par le fait de l'une des parties, sans motif légitime avant l'arrivée du terme convenu, entraîne le paiement à la victime de la rupture de dommages-intérêts modelés exactement sur le montant du préjudice subi ou équivalents à la clause pénale si celle-ci a été convenue d'avance.

Il en est différemment en matière de contrat de travail à durée indéterminée dont la marque caractéristique est de prendre fin par la volonté unilatérale de l'une des parties, principe découlant de l'article 1780 du Code Civil et de l'article 23 L. 1^{er} du Code du Travail (Loi 19-7-1928) (82) ; l'absence de terme au contrat laisse toute liberté aux contractants d'y mettre fin. Une telle situation ne pouvait manquer d'être défavorable au salarié exposé à des renvois intempestifs ou arbitraires. Aussi deux restrictions lui sont-elles apportées par le droit moderne ; l'une objective, l'obligation du préavis, l'autre subjective, l'obligation de fonder la décision de rupture sur de justes motifs. Le non-respect de ces deux obligations a pour conséquence une réparation sous forme d'indemnité de délai-congé et d'indemnité de rupture abusive qui trouvent donc leur fondement dans l'article 23 du Livre 1^{er} du Code du Travail (83), qui indique expressément que les « *dommages-intérêts* qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec

(81) L. Barassi. N° 327. 328 p. 442. 448 P. Greco N° 250, p. 401.

(82) Brun et Galland, *Droit du Travail*, Tome I, n° II 275, p. 543.

(83) Com. Rég. d'Appel de Paris 25-1-1957, J.C.P. 1957 II 10.173, URSSAF c/ Sté Air-équipement.

ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat ». L'idée de faute est à la base de l'institution, faute consistant, dans un cas, dans l'inobservation d'une obligation légale, le délai-congé ; dans l'autre, dans l'abus de droit commis par l'employeur, la résiliation ne devant pas avoir été commise dans l'intention de nuire. Le droit des obligations ne joue donc pas de façon identique dans les deux hypothèses : en droit civil la faute de la victime est exonératrice de responsabilité. Or, l'indemnité de brusque rupture fait plutôt figure de peine civile, puisqu'elle est due même si la partie lésée a commis une faute légère et si elle n'a pas subi de dommages (84), ce qui la différencie de l'indemnité de rupture abusive qui suppose toujours l'existence d'un préjudice quand à l'étendue de la réparation ; la doctrine reconnaît à l'indemnité de préavis un caractère forfaitaire et aléatoire qui ne se modèle pas exactement sur le préjudice subi puisque l'indemnité n'est pas réduite si le salarié trouve aussitôt un emploi, même plus avantageux que le précédent (85). De même, elle n'est pas augmentée si le salarié ne trouve pas d'emploi à l'expiration du délai-congé. D'où son assimilation à une véritable clause pénale puisque la Cour de Cassation indique, dans son arrêt du 30 juin 1926, que « son montant doit être en corrélation étroite avec le délai de prévenance » (86). Nous sommes en présence d'une réparation du préjudice causé, versé par l'employeur au salarié, pour lui permettre de trouver un emploi.

S'agissant de l'indemnité de rupture abusive, le caractère réparateur de l'indemnité est encore plus apparent : les dommages-intérêts alloués sont d'autant plus élevés que le préjudice est plus important, selon le jeu normal des règles du droit commun de la responsabilité civile. La jurisprudence donne à l'indemnité une coloration délictuelle et non contractuelle car « l'abus de droit, qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extracontractuel, engendre dans tous les cas la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur » (87) : ceci s'explique aussi par le fait qu'il est interdit d'y renoncer par avance (Article 23, al. 9, Livre I Code du Travail) ; la jurisprudence s'est prononcée dans ce sens avant même l'introduction dans l'article 23, par la loi du 19 juillet 1928, d'une disposition formelle (88). Enfin la preuve de la faute incombe au demandeur, en application de la règle « actori incumbit probatio » à laquelle la Cour de Cassation est restée fidèle (89). Mais la rupture du contrat par le fait de l'employeur peut entraîner le paiement d'une indemnité d'ancienneté qui diffère des précédentes dans ce que son paiement n'est pas subordonné à l'existence d'une faute de l'employeur. Aussi, la question de sa nature juridique est-elle très discutée ; on soutient parfois que l'indemnité est une « dona-

(84) Brun et Galland, *Op. cit.*, n° II 286, p. 559.

(85) Voir également *Cass. Soc.* 4-6-1955, D. 1955, 1. 398 et *Cass. Civ.* 30-6-1926, S. 1926 1.267.

(86) S. 1926 1.267.

(87) *Cassation* 11-6-1953, D. 1953, J 661 voir Mazeaud, 4^e Ed., Tome I, n° 559.

(88) *Civ.* 9-6-1896, S. 1896. 1.400 ; *Civ.* 15-1-1908 ; S. 1911. 1.368.

(89) *Cass. Soc.* 20-7-1953. D. et S. 1956, p. 5 ; 25-11-1954. D. et S. 1955, p. 20.

tion rémunératrice » consentie par l'employeur, bien qu'elle ne soit soumise ni aux règles de formes ni aux règles de fonds des libéralités.

Observons, toutefois, qu'en règle générale le versement de l'indemnité est imposé à l'employeur en vertu, soit de la loi (art. 29 B du Livre 1^{er} du Code du Travail, en faveur des journalistes professionnels et art. 29 K à propos de l'indemnité de clientèle des voyageurs de commerce), soit du contrat de travail ou des usages, soit des conventions collectives (conventions collectives des Banques, de l'Assurance, de la Sécurité sociale). L'idée d'obligation se révèle donc incompatible avec le concept de donation.

Aussi, dans une certaine mesure, on préfère plutôt considérer l'indemnité de licenciement comme un mode de réparation d'un dommage. Cette conception est celle de la Jurisprudence fiscale. Dans son arrêt du 26 novembre 1945 (90) le Conseil d'Etat confère à l'indemnité le caractère de dommages-intérêts, ce qui explique qu'elle soit exonérée de l'impôt sur les salaires. L'indemnité compenserait le dommage résultant de la perte de l'emploi. Mais l'idée de réparation suppose, en outre, que la rupture du contrat procède d'un acte illicite commis par l'employeur. Nous savons par hypothèse qu'il est écarté en cette matière. Est-il possible alors de faire appel à la théorie du risque ? Peut-on concevoir dans ce domaine une responsabilité sans faute de l'employeur ? Quand on sait que la théorie du risque est d'application restrictive dans le droit français, un tel fondement ne peut être retenu. Il faut reconnaître toutefois que les règles de la responsabilité ne sont pas totalement absentes au sein de l'institution, puisque l'indemnité n'est pas due en cas de départ volontaire et que l'employeur est libéré de toute obligation lorsque la résiliation est motivée par un cas de force majeure ou une faute grave du salarié.

Comme le souligne dès 1941 une circulaire du Secrétaire d'Etat du Travail, l'indemnité est le prix de la rupture du contrat. La Cour de Paris du 25 juin 1955 (91) y voit la compensation d'un préjudice subi et adopte l'idée de clause pénale. Mais quel est ce préjudice, étant donné que le droit de résiliation unilatéral discrétionnaire est légitime pour l'employeur dans le contrat fait sans limitation de durée ? Faut-il admettre qu'ici l'obligation de réparation ne comporte aucun fondement juridique ? En vérité la Chambre Civile (le 8 avril 1930) et la Chambre Sociale (le 19 juillet 1945) de la Cour Suprême avaient déjà pensé le trouver dans l'accomplissement d'un travail au profit de l'employeur : « l'indemnité de licenciement allouée cumulativement avec le salaire est proportionnelle aux années de service passées par l'ouvrier dans l'entreprise ; elle constitue un supplément de salaire en rémunération du travail accompli dans le passé. Elle est ainsi un accessoire du salaire principal. »

(90) C.E. 26-11-1945. Ministère des Finances. G.P. 1946. 1.66.

(91) *Droit ouvrier* 1956, p. 123.

b) Le fondement de l'obligation de réparation et l'idée « rémunératoire ».

Cette tendance nouvelle est mise en évidence par une partie de la doctrine. M. Lyon-Caen voit le fondement de l'obligation dans « l'idée d'un enrichissement indu de l'employeur résultant de la plus-value impayée produite par le travail et ayant largement contribué à la prospérité et au développement de l'entreprise » (92). Elle trouve une consécration législative dans l'indemnité de « clientèle » instituée au bénéfice des voyageurs de commerce (93) et assimilée par la Cour de Cassation à une indemnité de résiliation (94), indemnité qui doit être égale à la part qui revient au représentant dans la clientèle apportée, créée ou développée par lui. Cette reconnaissance du droit de participer au profit résultant de son travail est attestée par le fait que l'indemnité n'est due au représentant que si le développement ou la création de la clientèle résulte de ses apports personnels ou de son activité. L'indemnité de licenciement correspond à une partie du salaire qui a été fictivement capitalisée et est remise au salarié lorsqu'il quitte l'entreprise : la preuve en est fournie par son mode de calcul selon l'ancienneté. Ce sont les mêmes principes qui gouvernent la fixation du quantum de l'indemnité de licenciement ou celle de rupture abusive. On rejoint ainsi la théorie du salaire différé : l'indemnité n'est certes pas constituée par des retenues sur le salaire mais celles-ci bien que non « matérialisées » dans les faits n'existent pas moins. En effet le patron qui veut avoir un personnel stable peut, pour l'obtenir, lui accorder un salaire légèrement supérieur à celui que lui versent les entreprises concurrentes, ou lui assurer, quand il se sépare de lui, une gratification globale sous forme d'indemnité de licenciement (95).

Cette analyse comporte une part de vérité. L'incorporation de l'employé à l'entreprise donne une valeur particulière à l'ancienneté des services qui est pour lui la source d'avantages matériels : augmentation des salaires, avancement, indemnité de congédiement, que le passage dans une autre entreprise risquerait de lui faire perdre (96). On peut dire aussi que le respect de la dignité du travailleur chevronné doit être garantie financièrement et, par là même, moralement contre une décision de renvoi prise à la légère. Enfin si les droits garantis par la Constitution ne sont pas purement formels pourquoi ne pas admettre que la collaboration prolongée à l'œuvre commune y intègre le travailleur en lui créant des droits particuliers ? (97)

Cependant cette analyse de l'indemnité de licenciement en un salaire différé est insuffisante et on lui oppose certaines objections : elle est

(92) *Manuel de droit du Travail*, p. 213.

(93) Loi du 18-7-1937.

(94) C. Cass. 6-7-1939. D.C. 1941, J. 33 ; D.H. 1939, p. 481.

(95) L. Dupoux. Thèse Rennes. *L'indemnité de licenciement*, 1942.

(96) Durand et Vitu, *Op. cit.* Tome II, n° 37, p. 73.

(97) G.H. Camerlynck : *L'indemnité de licenciement*. J.C.P. 1957. I 1391.

difficilement applicable à l'indemnité de préavis dont le montant est forfaitaire ; toutes ces indemnités ne sont justement dues que lorsque la relation de travail a pris fin ; l'article 23 notamment, souligne M. Dupeyroux (98), est dépourvu de toute équivoque : le travailleur congédié n'appartient plus à l'entreprise. L'employeur perd le pouvoir de lui donner des ordres et le salarié peut trouver, sans plus attendre, un nouvel emploi. Enfin, la Cour de Paris le 25 juin 1955, à propos de l'indemnité de licenciement, retient que la thèse de complément de salaire est contraire à la nature de l'indemnité qui est un tout indivisible dont la charge est supportée par la masse, en cas de faillite.

En vérité, pourquoi ne pas rechercher la justification d'une assimilation totale de toutes ces indemnités « réparatrices » à un salaire, à partir des mêmes données, mais en considérant le bouleversement subi par le contenu du contrat de travail ? L'évolution économique et sociale affirme de plus en plus la notion plus large d'appartenance du salarié à l'entreprise qui le prend en charge (99). Des liens personnels se tissent parce que précisément le travail a une valeur humaine indéniable, qu'il est une émanation de la personnalité du travailleur et que celui-ci en fait don, un peu plus chaque jour, à l'entreprise. Plus cet apport est important et prolongé, plus il est difficile de concevoir une séparation qui aurait pour conséquence, par cette rupture des liens personnels, d'appauvrir le salarié dans son patrimoine. Vu sous cet angle, la rupture du contrat, qui apparaît « contra naturam », va être un facteur d'appauvrissement du travailleur par tout ce que le salarié abandonne à l'entreprise qu'il quitte et qu'il ne retrouvera plus dans le futur. Les indemnités dues par l'employeur ont, dès lors, pour objet, de compenser ce manque à gagner sous la forme d'un salaire garanti : il ne s'agit plus d'un salaire différé, mais d'un salaire « anticipé » trouvant sa source dans une survie du contrat de travail durant un certain temps. C'est l'idée retenue par le droit allemand qui considère comme en demeure d'acceptation de services jusqu'à la fin du préavis, l'employeur qui dénonce sans délai. Le travailleur réclame alors les salaires dus par un contrat maintenu fictivement. Notre droit positif offre de multiples exemples de maintien de rapports contractuels, malgré leur dissolution, par l'effet d'une fiction : c'est le cas du contrat de société qui se survit à lui-même, pour les besoins de la liquidation. N'y a-t-il pas survie du contrat de travail lorsque le retraité voit ses arrérages de pension revalorisés en fonction des augmentations de salaire dont bénéficient les travailleurs actifs de sa profession ? (100). L'idée du devoir de secours qui survit à la dissolution du mariage n'est-elle pas le fondement de la pension alimentaire de l'article 301 du Code Civil ? (101)

Si l'on admet que le fondement de l'obligation de réparation réside dans cette fiction d'une survie du contrat de travail, les indemnités

(98) Dupeyroux. Note s/ arrêt Cass. Civ. 2^e Sect. 24-2-1960. *Op. cit.* D. 1960.551.

(99) Dupeyroux, *Op. cit.*

(100) Ce système est prévu par de nombreux régimes de retraite complémentaire, créés dans le cadre des conventions collectives.

(101) Voir dans le même sens : Dupeyroux, note arrêt du 24-2-60, *Op. cit.*

versées par l'employeur deviennent un véritable salaire. L'indemnité de préavis est égale à ce qu'aurait touché le travailleur congédié s'il était resté dans l'entreprise pendant toute la durée du délai congé. Elle a pour objet d'assurer la rémunération du travailleur pendant le temps qui lui est nécessaire pour retrouver un nouvel emploi et parer aux nécessités les plus pressantes ; ce qui semble se justifier par le fait que le délai-congé varie selon les difficultés qu'éprouve le salarié dans ce domaine, en raison du genre de travail et de la nature de l'entreprise patronale. La doctrine, contrairement à la jurisprudence (102), reconnaît au patron le droit d'échelonner les versements de salaires sur toute la durée du préavis (103). Reste l'objection que l'indemnité de préavis due à l'employeur par l'employé en cas de départ intempestif de celui-ci ne saurait être considérée comme un salaire : argument peu convaincant car en fait, ici, l'indemnité change de nature juridique en raison de la substitution dans la personne du créancier ; il s'agit de véritables dommages-intérêts. De plus, cette réciprocité du préavis est une manifestation anachronique du contenu synallagmatique du contrat de travail ; il est à regretter qu'elle n'ait pas disparu de notre Droit malgré les nombreux projets déposés en ce sens. L'indemnité de brusque rupture, due par le salarié, est devenue une hypothèse d'école sans intérêt pratique d'application, en raison de l'insolvabilité habituelle du débiteur. Sa disparition consacrerait une conception plus sociale de la résiliation (104) qui a d'ailleurs été adoptée en Allemagne.

Des considérations analogues peuvent être envisagées pour l'indemnité de rupture abusive qui représente dans son quantum, selon les règles fixées par la Jurisprudence, les avantages que le passage dans une autre entreprise risquerait de lui faire perdre : la stabilité dans l'emploi, l'importance de la fonction et la spécialisation, pouvant rendre plus difficile l'obtention d'une nouvelle occupation et d'un salaire équivalent (105) ; les difficultés spéciales à s'adapter à une situation nouvelle en raison de l'âge, l'employé qui se replace étant souvent traité comme un débutant. Quant à l'indemnité de licenciement ou l'indemnité d'ancienneté, elles jouent un rôle similaire à l'indemnité de rupture abusive dans l'hypothèse où aucun abus de droit ne peut être reproché à l'employeur (106).

Dans tous les cas, l'ancien contrat de travail survit moralement à sa disparition et se superpose au nouveau contrat que le salarié peut conclure avec une autre entreprise. Cette thèse s'harmonise bien avec la solution admise par la Cour de Cassation le 5 février 1958 en matière de faillite. Si l'on abandonne l'idée de salaire différé pour admettre celle de salaire anticipé, il est logique de conclure que la Masse, en cas de

(102) Cour d'Appel d'Agen 23-11-1903 (S. 1906.2.145. Note Appert) impose le versement intégral et immédiat du salaire.

(103) J. Vincent, *La dissolution du Contrat de Travail*. Th. Lyon 1935 - p. 454.

(104) J. Vincent, *La dissolution du Contrat de Travail*. Th. Lyon 1935, pp. 449, 450.

(105) Th. Comm. Seine 7-4-1901 - D.P. 1913, 542.

(106) L'indemnité de licenciement a été rendue obligatoire en Italie, pour les employés, par l'art. 10 du R.D.L. du 13-11-1924.

continuation des contrats en cours, est débitrice de toutes ces indemnités sans qu'il soit nécessaire d'en faire une ventilation selon le temps écoulé avant ou après la déclaration de faillite (107). Tout se passe donc comme si un véritable salaire était versé au travailleur : on en déduit que le travailleur congédié se trouve à l'abri d'une réduction de ses droits sociaux puisque les cotisations sociales devront être acquittées sur ces indemnités et du même coup c'est non seulement le préjudice *actuel* qui est réparé, mais également le préjudice *futur* mais *certain* qu'il subirait dans l'évaluation de ses prestations maladie, accident du travail et pension vieillesse.

Dès lors, ce salaire garanti, aux figures multiples, prix de la rupture des relations de travail, qui en est le fait générateur, ayant pour fondement la survie du contrat, n'évoque-t-il pas une forme d'assistance et de prévoyance sociale à la charge de l'entreprise ? Apparemment, un fait confirme une telle opinion : ces revenus de complément sont versés au salarié au moment précis où celui-ci est contraint par la volonté de son co-contractant, l'employeur, à interrompre définitivement la prestation de travail. L'absence de celle-ci ne permet-elle pas d'analyser ces indemnités comme un véritable salaire « d'inactivité » ?

Il semble difficile d'admettre une telle classification, laquelle aurait pour effet de leur conférer de plano le caractère de « substituts » du salaire. Or, il faut observer que les salaires « d'inactivité » apparaissent comme des indemnités de remplacement allouées au travailleur dans des hypothèses bien particulières, où celui-ci est mis dans l'impossibilité de produire son travail habituel, en raison de la survenance d'un cas fortuit ou de force majeure.

L'exécution du contrat de travail est suspendue définitivement ou temporairement pour une cause étrangère à la volonté des parties. Alors que les compléments du salaire trouvent en règle générale leur cause dans l'accomplissement du travail individuel, il n'en est pas toujours de même des substituts du salaire qui sont à l'origine d'un autre phénomène d'évolution. En opposition à la transformation externe du concept de salaire, se réalise en effet une transformation interne de ce même concept.

(107) Il en résulte également que l'indemnité de brusque rupture est à la charge de l'auteur de la rupture et de ses ayants cause à titre universel ; en cas de cession d'entreprise, elle pèse sur l'ancien employeur si la transmission est intervenue après une résiliation unilatérale et le cessionnaire est à l'abri de toute poursuite (C. Soc. 2-2-45. S. 1945. 150). C'est l'ancien contrat qui se perpétue fictivement.

SOUS-TITRE II

LA TRANSFORMATION INTERNE DU CONCEPT DE SALAIRE : LES ELEMENTS DE SUBSTITUTION DU SALAIRE

La conception contractualiste du salaire est fondée sur la réciprocité des obligations des parties. L'inexécution par l'une des parties de sa prestation dispense l'autre d'accomplir la sienne. Si le salarié vient à se trouver dans l'impossibilité d'effectuer son travail, l'employeur suspend le paiement de la rémunération. Une profonde évolution, cependant, conduit le droit contemporain à prendre en considération la finalité du salaire, essentiellement alimentaire. Si l'on admet la théorie objective suivant laquelle la force de travail, en tant que telle, ne fait pas partie du patrimoine du prolétaire dont les salaires qui en dérivent représentent les seuls biens (1), on est bien obligé de constater que la disparition de la force de travail ou son amoindrissement ont pour conséquence d'enlever tout patrimoine à l'ouvrier. MM. Aubry et Rau affirment au contraire que toute personne a un patrimoine, fût-il le plus vide, parce qu'il est l'aptitude à acquérir des droits ; ces droits seraient représentés par une créance d'aliments qui pourrait bien constituer à la limite l'irréductible patrimoine du « have not ». Le patrimoine du prolétaire se ramène ainsi, en dernière analyse, à une créance contre la Société. N'est-ce pas dans cette direction qu'il faut rechercher l'origine juridique des substituts du salaire qui viennent relayer l'absence de celui-ci lorsque les relations de travail viennent à être altérées, à la suite de diverses circonstances telles que la maladie, l'accident, la vieillesse ou même le chômage ? Ces substituts qui se présentent sous forme « d'allocations » ou « d'indemnités » versées au salarié pendant l'interruption du travail offrent donc ce trait commun de ne pas avoir de contrepartie dans un travail fourni : d'où la dénomination de « salaire d'inactivité » que les économistes ont tendance à utiliser pour les désigner. Leur objet est d'assurer la subsistance du travailleur. Ils sont donc l'expression concrète des droits sociaux reconnus aux travailleurs et qui font aujourd'hui partie du droit positif au même

(1) J. Carbonnier, Tome II, pp. 3 et 5, *Droit Civil*. Col. Thémis.

titre que les droits et les libertés individuelles classiques (2). « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

La réalisation de cette idée généreuse ne devait pas se faire d'un seul coup. On est frappé par la diversité des techniques juridiques qui ont pu être mises en œuvre pour assurer la sécurité du salaire. Ces techniques font appel tantôt à la notion d'assistance, tantôt à la notion d'assurance ; parfois même elles se complètent pour rejoindre le but à atteindre. L'indemnisation du travailleur, pendant la période d'interruption du travail, est ainsi obtenue dans le cadre des dispositions légales qui imposent à l'Etat, ou à des organismes privés de caractère obligatoire, comme les institutions de Sécurité sociale, de verser des revenus de supplément. Parfois la charge de l'indemnisation est supportée par l'entreprise elle-même en vertu des usages, des conventions collectives ou du contrat individuel de travail, qui soumettent l'employeur à l'obligation de verser un salaire, sans prestation de travail correspondante. Ces règles d'origine conventionnelle peuvent parfois s'appliquer à une profession ou à un groupe de professions, comme dans le cas de l'assurance chômage obligatoire ou des régimes complémentaires d'assurance vieillesse. Il y a, dès lors, une pluralité de situations qui motive le paiement au travailleur de sommes qui représentent des éléments de substitution du salaire qui n'ont pas toujours le même débiteur et qui concourent à garantir leur capacité de gain aux salariés, au cours d'une période d'inactivité.

La nature des sommes ainsi versées ne manque pas de faire l'objet de vives discussions, tant en France qu'à l'Etranger, parce qu'elles paraissent échapper au domaine du contrat de travail et ressortir davantage d'un système général de garantie contre les risques susceptibles d'affecter la capacité de travail aussi bien physiologiquement, qu'économiquement. Deux conceptions s'affrontent quant à la recherche de leur fondement juridique. Ou bien on considère ces sommes comme participant de la même nature juridique du salaire, tout en admettant que le régime juridique applicable à celui-ci ne puisse leur être étendu dans toutes ses règles ; cette conception, originaire d'Allemagne (3), met l'accent sur le caractère « rémunérateur » de ces éléments de substitution. Ou bien, rejetant cette première théorie, on opte pour une conception « indemnitaire » en vogue dans la doctrine italienne (4), l'objet des revenus ainsi attribués étant de dédommager le travailleur de la perte de sa capacité de travail. En vérité, chacune de ces conceptions donne plusieurs définitions des substituts, en les qualifiant diversement de salaire de remplacement, de salaire d'inactivité, de salaire différé ou de salaire indirect. Il y a autant de théories que d'auteurs, si bien que tout effort de systématisation paraît fort difficile ; on peut toutefois dégager un caractère « unitaire » : le paiement de toutes ces sommes

(2) Lyon-Caen, *Manuel*, *op. cit.*, p. 35.

(3) H.E. Nipperdey (p. 24, texte et note 27), A. Hueck.

(4) L. Barassi, n° 287, p. 341.

suppose l'interruption des relations contractuelles, due à une cause étrangère à la volonté des parties. Or la recherche d'un fondement juridique unitaire, à partir d'une si faible donnée, se heurte à une objection : certaines de ces indemnités, dont la fonction est de remplacer le salaire défaillant, représentent bien, lorsqu'elles sont versées par l'employeur, tout comme les compléments du salaire, des avantages conventionnels mentionnés expressément ou tacitement dans le contrat de travail et qui ont été pris en considération par le salarié lors de son engagement. Il n'en est plus de même des prestations de Sécurité sociale par exemple, ou même des allocations de chômage versées par l'Etat, qui échappent totalement à la notion de contrat de travail. Dans le premier cas, le salarié reste créancier de l'entreprise à laquelle il appartient : dans la seconde hypothèse, il apparaît indirectement comme un créancier de la collectivité contre laquelle il peut invoquer certains droits. La charge du risque est soit intégralement supportée par l'entreprise, soit répartie sur la collectivité toute entière. Cette contradiction n'est-elle pas la conséquence de la diversité « formelle » des techniques juridiques utilisées qui, malgré tout, pourraient se ramener à une unité « matérielle » ? N'est-ce pas dès lors mettre en évidence que les substituts du salaire sont bien la manifestation d'une transformation interne du concept classique de salaire par la substitution à une obligation contractuelle d'une obligation légale ? Est-il possible de vérifier l'existence dans l'ordre juridique d'un tel phénomène de mutation ? Il semble que l'étude de ce problème puisse être menée par l'examen de deux questions :

- Quels sont les caractères des substituts du salaire ?
- Participent-ils de la même nature juridique que le salaire ?

CHAPITRE PREMIER

LES CARACTERES DES SUBSTITUTS DU SALAIRE

Observons au préalable que ce phénomène de substitution n'a pas atteint le terme de son évolution, si bien que le paiement des revenus salariés de remplacement trouve autant sa cause dans une obligation contractuelle que dans une obligation légale. Il est même parfois difficile de dire s'il résulte d'une obligation légale ou contractuelle, car les deux procédés se rejoignent et donnent naissance à un paiement imposé par une convention collective, dont la généralité lui confère la même force obligatoire que la loi : l'exemple le plus caractéristique en est donné par la convention collective créant l'assurance chômage obligatoire gérée par les A.S.S.E.D.I.C. Cette coexistence de deux procédés financiers amène une diversité des techniques juridiques propres à garantir la sécurité des revenus provenant du travail, diversité qui contraste avec les principes unitaires qui commandent la mise en œuvre de cette garantie des risques.

SECTION I

LA DIVERSITE « FORMELLE » DES TECHNIQUES JURIDIQUES

Originellement, c'est dans le cadre de l'entreprise que la garantie du salaire est assurée. La question des risques se posait déjà en droit romain où, dans une pensée d'équité, il était admis que l'ouvrier conserverait le droit au salaire si l'arrêt de travail était dû à un cas fortuit qui lui était étranger : « Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per cum no stetit quo minus operas praestet » (1). Dans l'ancienne France, les corporations secourent les malades et les chômeurs. A l'époque classique le contrat de travail, en posant comme principe que tout salaire suppose une contrepartie de travail, met fin à toute garantie patronale. L'insuffisance du droit commun se fait sentir à la fin du XIX^e siècle en matière d'accidents du travail ; le jeu normal des règles de la responsabilité, en obligeant la victime à faire la preuve d'une faute de l'employeur, rend toute garantie illusoire (2).

(1) Paul. Dans *De Locatio conductio*, 38 pr. (tryptique de 164 av. J.C.).

(2) Henri Ciais. Jean Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*. Tome II, n^o 380 et suivants.

Soucieuse de dispenser les victimes d'accidents d'apporter une preuve aussi difficile, même d'une imprudence ou négligence commise par l'employeur, la doctrine « découvre » dans l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 du Code Civil l'idée de présomption de responsabilité. Défendue dès 1897 par MM. Saleilles et Josserand, la « théorie du risque » allait permettre aux tribunaux d'édifier la construction la plus hardie dont puisse s'enorgueillir la Jurisprudence Française (3). La Chambre des Requêtes en admettant pour la première fois dans son arrêt du 30 mars 1897, l'existence d'une responsabilité sans faute de l'employeur est à l'origine de la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail : l'employeur responsable « objectivement » est tenu d'allouer une indemnité compensatrice du salaire perdu en raison de la diminution de la capacité de travail consécutive à un accident du travail. Mais comment assurer la garantie du salaire en cas de maladie, de vieillesse ou de crise économique ? La politique des assurances sociales pour les risques physiologiques, celle de l'assistance-chômage pour les risques économiques offrent d'abord le moyen souhaité tout en présentant le défaut d'apparaître comme des réformes disparates, juxtaposées et fragmentaires (4), dont le manque d'unité d'ensemble fit l'objet de vives critiques. Celles-ci furent à l'origine du mouvement de pensée en faveur de l'idée de Sécurité sociale qui trouve son expression la plus remarquable dans le rapport Beveridge sur l'assurance nationale (5). Le plan français de Sécurité sociale s'inspire des mêmes préoccupations en posant le principe suivant dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 4 octobre 1945 : « Il est institué une organisation de la Sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain. »

En fait, cette pensée généreuse n'a pu encore être pleinement réalisée. La volonté unificatrice des promoteurs du Plan français de Sécurité sociale s'est heurtée aux particularismes sociaux et la garantie du salaire est aujourd'hui partiellement réalisée à travers une multiplicité d'organismes qui présentent ce double aspect contradictoire de concourir au même but tout en faisant appel à des techniques juridiques extrêmement diversifiées. L'insuffisance des prestations en espèces de l'assurance maladie et de l'assurance vieillesse servies par le Régime général de la Sécurité sociale entraîne l'éclosion de régimes dit « complémentaires » organisés dans le cadre de la profession ; en marge du Régime dit « général » qui gouverne les salariés du Commerce et de l'Industrie, subsiste une multitude de régimes spéciaux professionnels, totalement autonomes et indépendants, tels que ceux des marins, des cheminots, des mineurs, des fonctionnaires, des employés de l'E.D.F. et du Gaz de France. Enfin, un risque économique particulièrement grave, le chômage, échappe à l'emprise de la Sécurité sociale : c'est également dans le cadre professionnel que des mesures de protection contre la disparition du salaire, alors que le travailleur est cependant apte au travail, ont été prises

(3) Mazeaud, *Op. cit.* n° 385.

(4) Paul Durand, *La politique contemporaine de la Sécurité Sociale*, p. 95.

(5) Beveridge, *Du travail pour tous dans une société libre*.

récemment. A l'unité sur le plan technique, souhaitée par les promoteurs de l'idée de Sécurité sociale, fait place un ensemble « pluraliste », issu de dispositions d'origine à la fois législative et conventionnelle qui présentent, certes, l'avantage de se compléter et d'assurer tant bien que mal la sécurité du salaire, mais dont l'inconvénient majeur semble être la création de disparités injustifiée entre les individus face aux besoins provoqués par l'interruption du travail ou la perte de l'emploi.

Ces lacunes sont telles que l'on peut dire sans exagération que le rapport de Lord Beveridge, adapté au contexte de l'évolution économique et sociale des deux dernières décennies conserve encore toute son actualité.

A. — LES DISPOSITIONS D'ORIGINE LÉGISLATIVE.

Dans de nombreuses hypothèses les substituts du salaire sont dus, en effet, au travailleur en vertu d'une obligation légale. Le législateur intervient ici dans de multiples domaines : tantôt l'Etat est lui-même débiteur « d'aliments », ce terme étant pris dans son sens juridique, tantôt l'Etat transfère cette obligation à des organismes privés, leur confiant ainsi le rôle d'un véritable service public social (6).

1) *L'Interventionnisme social de l'Etat.*

Dans notre monde contemporain, l'Etat, en tant que personne morale de droit public, n'est plus un organe exclusivement politique. La civilisation matérielle du ^{xx}e siècle diffère profondément de celle de 1850 et de 1789. Le prodigieux développement de l'industrie et du commerce a contraint la puissance publique à l'abandon du principe du « laisser faire » ou du « laisser aller » dans la vie économique et sociale. L'un des aspects de l'interventionnisme moderne de l'Etat, qui est envisagé ici et qui aboutit à constituer l'Etat comme débiteur « d'aliments » à l'égard de certains membres de la collectivité, se manifeste dans deux directions.

D'abord, la puissance publique organise, en faveur des travailleurs sans emploi, un système d'assistance chômage chargé de distribuer des revenus de remplacement aux modalités diverses, suivant que l'interruption du travail est due au fait de l'employeur ou causée par des troubles de la vie économique.

Ensuite, elle s'élève dans l'ordre économique au rang d'employeur le plus important du pays. Le développement des nationalisations a contribué à agrandir le rôle économique et social de l'Etat ; l'intervention de l'Etat, en tant qu'employeur, ne cesse de s'accroître parallèlement à l'extension du secteur « collectivisé ».

(6) Lyon-Caen, *Op. cit.* p. 321.

a) *L'assistance chômage.*

« Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. » La Constitution de 1946 affirme ainsi, dans son préambule, le principe de la liberté du travail et du droit au travail. Cependant, en l'état présent de nos structures économiques, la sécurité de l'emploi ne peut être garantie à chaque travailleur puisqu'elle dépend de l'adaptation possible des offres et des demandes d'emploi et de la conjoncture économique (7). Dans ce secteur, l'Etat est donc directement intervenu par l'octroi, aux chômeurs involontaires, d'allocations de « remplacement », en particulier après la crise économique de 1929 et avant la 2^e guerre mondiale. Ces allocations sont versées par les services d'aide aux travailleurs sans emploi (8) qui se confondent avec les services de la Main-d'œuvre, lesquels ont succédé aux anciens fonds de chômage communaux, départementaux et syndicaux, subventionnés par l'Etat en vertu de l'ancienne loi du 22 avril 1905, qui avait marqué la première intervention législative dans ce domaine. Le système actuel, codifié par le décret du 12 mars 1951 (9) qui regroupe toutes les diverses dispositions existant en la matière, reste fondé sur la notion d'assistance. Le financement des allocations de chômage est à la charge de l'Etat, avec une faible participation financière des communes (10), sans cotisation des travailleurs. Les secours alloués sont donc peu élevés et fixés (par référence à un minimum vital) sans proportionnalité avec le salaire antérieur. L'attribution des indemnités reste subordonnée à des conditions de ressources minimum à ne pas dépasser (11), sous peine de réduction à due concurrence du montant des allocations versées. Ces règles ont pour objet d'éviter que ces versements ne procurent au chômeur une situation pécuniaire égale à celle qui était antérieurement la sienne et ne le dispense de chercher activement à se reclasser. De plus, accordées en principe sans limitation de durée si le droit est ouvert, ces allocations sont réduites de 10 % par année de secours, sauf pour le personnel des services domestiques qui voit la durée du versement limitée à 15 jours (12).

Le régime juridique de ces allocations se trouve parfois modifié : en effet, le travailleur bénéficiaire peut, aux termes de l'article 7 de la loi du 11 octobre 1940, être obligé de fournir une contrepartie de travail à l'Etat, à raison de deux heures par jour (13) ; si le travail effectué dépasse cette durée journalière, il est rémunéré sur la base du salaire horaire correspondant à la moitié du salaire de base fixé pour

(7) Un projet de loi portant création d'un Fonds National de l'Emploi est en discussion devant le Parlement (Nov. 1963).

(8) Dec. Loi du 11-10-1940.

(9) J.O. 13-3-1951 et rectific. 24-3-1951, J.C.P. 1951 III 16 914 lois et 15 954.

(10) Lyon-Caen, *Op. cit.* p. 57. Dt. 12-3-51 ar. 8 bis — Cette participation dépasse rarement 10 %.

(11) Art. 22, Dt 12-3-51.

(12) Arrêté 20.2.45.

(13) Déc. du 15.7.49. J.O. 16.7.49 JCP 1949 III Ed. G 14489.

le calcul des prestations familiales au lieu de résidence du travailleur. Il ne s'agit plus, dès lors, d'un véritable secours mais d'une rétribution tenant compte du travail fourni : cette mutation de nature juridique est exprimée par l'article 95 du règlement d'administration publique du 29 décembre 1945 pris en application de l'ordonnance du 19 janvier 1945 : « la rémunération accordée aux chômeurs qui participent aux travaux de secours... (organisés par les Administrations et les Etablissements publics ou sous leur surveillance) lorsqu'elle est supérieure à l'indemnité attribuée aux travailleurs sans emploi, donne lieu au paiement des cotisations de Sécurité sociale ». Cette règle est confirmée par la circulaire ministérielle n° 36 du 20 juillet 1949 : « Dès l'instant que les chômeurs reçoivent une rémunération pour un travail et non plus une indemnité sans aucune contrepartie, la rémunération, si faible soit-elle, est soumise aux cotisations de Sécurité sociale et devient un salaire. »

Des allocations de « remplacement » sont versées également dans l'hypothèse où certains troubles économiques et sociaux perturbent le fonctionnement normal d'une entreprise, entraînant non plus rupture du contrat mais interruption de travail de brève durée, de sorte que la relation juridique qui unit les parties subsiste. La tendance moderne est favorable à l'extension des cas de suspension, au détriment des cas de résiliation, afin d'assurer la stabilité de l'emploi (14).

Cette évolution, caractérisée par la survivance du lien contractuel, bouleverse le droit des obligations. Comment concevoir que le paiement du salaire puisse continuer à être assuré au travailleur alors que l'exécution de la prestation de travail est totalement ou partiellement suspendue ?

L'inexécution par l'une des parties, le salarié, de sa propre obligation dispense l'autre, l'employeur, de payer le salaire complet. Ainsi, à une date relativement récente, le problème du maintien du salaire reçoit des solutions originales en droit français. Ecartant les situations où l'interruption trouve sa cause dans la personne des parties, le législateur intervient, dans une pensée équitable, pour ne pas faire supporter au personnel les risques anormaux et imprévisibles. L'employeur continue à assurer le paiement du salaire dans de nombreux cas d'interruption partielle ou totale de la prestation de travail, mais l'Etat en reste débiteur en opérant le remboursement des dites indemnités. La charge en est donc reportée sur la collectivité toute entière, qui devient le véritable « solvens ».

Il en est ainsi des allocations de chômage partiel instituées par le décret du 12 mars 1951 (Art. 3) au profit des travailleurs qui subissent une perte de salaire du fait, soit de la fermeture de l'Etablissement, soit de la réduction de la durée habituelle du travail. Versées par l'employeur mais remboursées par le Fonds National de chômage et supposant une interruption collective du travail de courte durée, ces indemnités ne sont allouées que pendant deux quatorzaines et liées à l'existence d'une cause imprévisible pour le chef d'entreprise, par exemple le manque de matières premières ou de combustibles (y compris le courant élec-

(14) Durand et Vitu. *Op. cit.* T. II p. 793.

trique), le manque généralisé de débouchés ou un sinistre (Art. 34). Les mêmes préoccupations ne sont-elles pas à l'origine des indemnités versées aux salariés, en vertu de la loi du 8 janvier 1944, pour compenser les pertes de salaire résultant de l'état de guerre et mises à la charge de l'Etat, parce que résultant de circonstances indépendantes de l'entreprise ? (15). Citons aussi celles prévues par les lois du 14 décembre 1945 et 22 novembre 1946 en cas de réduction d'attribution d'énergie électrique ou de charbon. Les mêmes règles gouvernent la loi du 2 février 1955 instituant un régime exceptionnel et provisoire d'indemnisation en faveur des travailleurs privés de leur emploi du fait des inondations, lequel a pris fin en 1956 (16).

Cependant l'Etat intervient également pour compenser la perte de salaire lorsque celle-ci est consécutive à l'état physiologique des personnes au contrat. Il agit dans cette mesure en qualité d'employeur. Il est alors son propre assureur. Cette intervention de la Puissance publique est déjà très ancienne ; elle n'a cessé de se multiplier et de prendre des formes nouvelles avec l'extension des nationalisations et des grands services publics.

b) *L'Etat auto-assureur.*

La situation juridique du fonctionnaire public est radicalement différente de celle qui caractérise l'ouvrier ou l'employé du secteur privé. « Le fonctionnaire est dans une situation statutaire et réglementaire » (article 5 du statut de la fonction publique) (17) ; ou bien le contrat qui le lie est un contrat administratif, s'il s'agit d'un fonctionnaire contractuel (18). Il en résulte que le traitement du fonctionnaire diffère du salaire « privé » par sa nature réglementaire qui lui ôte le caractère de contrepartie d'un travail fourni ; il est l'élément destiné à permettre au fonctionnaire de tenir le rang social correspondant au caractère de la fonction et du service public. Le contenu « alimentaire » et non plus « rémunérateur » du traitement fait une obligation à l'Etat d'en continuer le paiement en cas de suspension de la fonction due à la maladie, à l'invalidité ou à l'accident. Il n'est pas jusqu'à la pension de retraite qui acquiert la nature d'un traitement prolongé puisqu'il n'existe aucun lien entre la retenue opérée sur la rémunération de base et le montant de la pension, ce qui exclut l'idée de rente viagère obtenue par capitalisation, soit individuelle, soit collective, des versements. La loi du 20 septembre 1948 a même posé le principe de la péréquation des pensions. C'est la puissance publique qui, en définitive, prend en charge ces agents et indirectement la collectivité, par l'intermédiaire du budget de l'Etat. Aucun critère ne distingue plus le traitement d'activité de celui « d'inactivité » et la thèse du traitement de « remplacement » paraît difficilement applicable en la matière.

(15) L. 8.1.1944. Ar. 7 al. 2 Modifié, lois 20.5.1944 et 15.7.1944.

(16) Déc. 15.9.1956 (J.O. 19.9.1956 JCP 1956 III Ed. C 21435).

(17) Loi du 19.10.1946.

(18) Laubadaire. *Manuel de Droit administratif*, p. 252-253.

Une transition insensible vers la technique des Assurances Sociales se révèle cependant lorsqu'on envisage l'organisation de la garantie du salaire au sein des grands services publics issus des nationalisations, dont le personnel n'est pas soumis au Statut de la Fonction publique. Il en est ainsi notamment pour l'E.D.F., le G.D.F., la S.N.C.F., les Mines. Le particularisme de ces grands ensembles s'explique par la nécessité de valoriser ces professions par l'octroi d'avantages sociaux. Très tôt, l'Etat leur a imposé l'obligation de créer des institutions de prévoyance sociale destinées à assurer le maintien du salaire en cas d'inactivité pour maladie, invalidité, accident ou vieillesse (19) en vue de stabiliser une main-d'œuvre difficile à recruter dans des métiers pénibles, causes de nombreuses maladies et d'une vieillesse prématurée. Ces mobiles d'ordre économique motivent le maintien des régimes de Sécurité sociale dit « spéciaux », en marge des institutions générales de la Sécurité sociale. Certains d'entre eux ont conservé la charge intégrale de certains salaires de remplacement ; d'autres ont opté, sur le plan du financement, pour la technique de l'assurance sociale appliquée à certains risques comme la vieillesse ou l'invalidité, ou même à l'ensemble des risques.

Le maintien du salaire entier ou le paiement du demi-salaire, suivant les cas (20), est assuré aux agents titulaires de la S.N.C.F. atteints de maladie ou longue maladie, par l'organisme employeur lui-même. La rémunération d'activité est garantie à l'accidenté du travail jusqu'à la consolidation de sa blessure et éventuellement pendant la période de rééducation professionnelle. En ce qui concerne l'E.D.F., le décret du 22 juin 1946, pris en application de la loi du 3 avril 1946 (Article II), dispose « que l'agent statutaire, victime d'un accident du travail, ou atteint de maladie professionnelle, conserve son salaire ou son traitement intégral jusqu'à la consolidation de la blessure ou jusqu'à la guérison ». Il en est de même si l'accident ou la maladie n'ont pas de caractère professionnel (art. 22 paragraphe 1°). S.N.C.F. et E.D.F. font donc office en ces domaines, comme l'Etat à l'égard de ses agents, d'auto-assureurs.

En revanche, l'attribution des pensions d'invalidité ou de vieillesse est assumée par des « services de retraite », alimentés par une contribution mixte, patronale et ouvrière, caractéristique des systèmes classiques des Assurances Sociales. Le régime des Mines se distingue, sur ce plan, des précédents, par le fait que les indemnités en espèces de maladie, longue maladie, invalidité, accident et pensions sont servies par des organismes distincts dont la parenté est certaine avec les Institutions de Sécurité Sociale du Régime général. La charge des salaires de remplacement n'est plus supportée intégralement par l'employeur, mais est couverte par une triple contribution en pourcentage des salaires supportée par les exploitations minières, les travailleurs et l'Etat.

(19) Loi du 21.7.1909 pour les cheminots. Loi du 29.6.1894 pour les mineurs.

(20) En cas de maladie le salaire entier est maintenu pendant 6 mois, le demi salaire pendant les 6 mois suivants. En cas de longue maladie, le salaire entier ou le 1/2 salaire, suivant la nature de la maladie et la situation de famille des intéressés, est maintenu pendant une durée de 3 ans.

Observons, toutefois, que la nationalisation du Gaz et de l'Electricité (loi 8 avril 1946) et des Houillères et Charbonnages (loi 17 mai 1946) a eu pour effet de remettre à l'Etat la propriété et la direction de ces entreprises, que celui-ci est également le principal actionnaire de la Société d'Economie mixte qui gère la S.N.C.F. (Décret-loi du 31 juillet 1937) ; d'où il s'ensuit que le système des retenues effectuées sur les traitements des agents statutaires de ces services publics s'apparente à la retenue opérée sur le traitement d'un fonctionnaire, la garantie du salaire restant pour une grosse part à la charge de la puissance publique, donc de la collectivité.

Il n'en est plus de même, sur le plan « formel », lorsque cette garantie des moyens d'existence doit être apportée aux employés et ouvriers du secteur privé où interviennent alors des organismes privés spécialisés.

2. — *Les Organismes privés à caractère obligatoire.*

Créés par le législateur qui leur confie une partie des attributions de la puissance publique, en leur conférant le droit de lever des contributions sur certaines catégories de la population (employeurs et salariés du commerce et de l'industrie), les organismes de Sécurité Sociale ont, parmi leurs attributions, celles de relayer l'absence du salaire lorsque survient un risque physiologique qui amoindrit ou anéantit la capacité de travail du salarié. Dans la mesure où ils utilisent ce même système de compensation des risques, dérivé du principe de l'assurance privée, on peut inclure dans la même classification certains « services particuliers » qui sont également une création de la loi, les Caisses de Congés Payés, dont l'objet est le versement, à certaines catégories de salariés, d'indemnités de « remplacement » lorsque le salaire est défaillant pour des raisons ne tenant pas à la condition physique du travailleur.

a) *Les substituts du salaire versés par les Caisses de Congés Payés.*

En vue d'assurer l'application effective de la loi du 20 juin 1936, instituant pour la première fois en France le droit au repos annuel payé, une série de décrets, pris en vertu de la dite loi modifiée, a rendu obligatoire l'institution de Caisses de compensation de congés payés, organismes privés, constitués sous la forme d'associations déclarées de la loi du 1^{er} juillet 1901. Ces institutions ont la charge du versement des indemnités de congé payé, soit aux salariés de certaines professions à caractère saisonnier (bâtiment et travaux publics), soit à ceux dont le travail est irrégulier et discontinu, l'embauche s'effectuant selon les besoins (dockers, manutentionnaires, transporteurs). Une extension remarquable de leurs attributions est réalisée par la loi du 21 octobre 1946, créant les indemnités de chômage-intempéries en faveur des ouvriers du bâtiment et des travaux publics, et par la loi du 6 septembre 1947 (21), prévoyant l'institution, en faveur des ouvriers dockers professionnels, d'une

(21) J.O. 7-9-1947.

indemnité de garantie, versée pour chaque vacation chômée. On constate ainsi la tendance actuelle du législateur à utiliser les institutions existant sur le plan professionnel pour améliorer, en faveur de telle ou telle catégorie de salariés, le système de protection du salaire.

1) En matière de congés payés, le principe technique qui gouverne tous ces organismes, quelle que soit la branche professionnelle sur laquelle ils rayonnent : bâtiment et travaux publics, docks, manutention et transports, entreprises de spectacles, est celui de la répartition de la charge de l'indemnité entre les divers employeurs au prorata des rémunérations versées par chacun d'eux au cours de l'année de référence, qui est fixé du 1^{er} avril de l'année écoulée au 30 mars de l'année au cours de laquelle est pris le congé. La nature de l'obligation qui pèse sur l'employeur ne se trouve pas modifiée si celui-ci n'acquitte pas ses cotisations ou s'il néglige l'affiliation : il reste personnellement débiteur envers ses employés de l'indemnité de congé (22). Il n'en est déchargé que dans la mesure où il a satisfait à sa propre obligation d'acquitter les cotisations et de délivrer les attestations (23). Ce système entraîne simple substitution de débiteur puisque la charge qui pèse sur l'entreprise reste identique, que l'employeur « participe » ou non à l'organisme de congés payés qui se cantonne dans un rôle de collecteur-répartiteur, exclusif de toute idée de compensation.

2) En revanche, la situation se présente différemment avec les indemnités de chômage-intempéries et l'indemnité garantie des dockers qui marquent une timide apparition d'une assurance-chômage obligatoire limitée à quelques professions particulières et sans participation active des travailleurs. En vertu de l'article 9 de la loi du 21 octobre 1946, les charges résultant du paiement des indemnités dues aux travailleurs du bâtiment sont réparties sur le plan national entre les entreprises, proportionnellement aux salaires payés par elles.

La cotisation est égale à 1,5 % des salaires, déduction faite d'un abattement (24). La péréquation est effectuée par un réseau constitué par la Caisse Nationale des Congés Payés du Bâtiment et des Travaux Publics et par les Caisses locales. Un régime voisin est organisé, pour l'indemnité de garantie des dockers, dont le taux de compensation s'établit à 6 % des salaires. Il s'agit donc, dans les deux cas, d'un système de répartition des risques fondé sur l'idée de solidarité économique qui unit toutes les entreprises devant la survenance d'un cas de force majeure tel le gel ou les pluies, dans les professions du bâtiment, ou l'irrégularité du travail pour les travailleurs des ports.

Ainsi la charge de l'indemnisation des interruptions du travail consécutive à certains risques économiques, comme le chômage inhérent à la nature de la profession (dockers) ou celui résultant des intempéries,

(22) Cas. Soc. 12.1.1939 G P 1939 I 491 ; 23.2.1939 GP 1939 I 876 ; Cas. Soc. 10.7.1959 (Bessac) JCP IV Ed. G. p. 111.

(23) Principe posé par la Cour de Cassation en ce qui concerne l'industrie du bâtiment : Cass. Soc. 23.2.1939 GP 1939 I 875 ; 22.1.1942, S. 1942. I. 68 ; en ce qui concerne les dockers (Cass. Soc. 5.2.1942. Entreprise ferrov. c/ Commentale).

(24) Abattement de 12.800 NF. Arrêté du 11.7.1960 J.O. du 5.8.1960.

est répartie sur une collectivité d'entreprises. Cette construction juridique témoigne de l'originalité que le droit français apporte à la solution de certains problèmes. Elle n'est susceptible de trouver une explication que si on la situe dans le cadre de la distinction que les théories de la responsabilité contractuelle établissent entre les cas fortuits et la force majeure.

L'arrêt de l'entreprise dans les hypothèses envisagées résulte-t-il d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit ? Nous sommes, dans les deux hypothèses, en présence d'une cause étrangère qui dispense l'entreprise de dédommager le salarié, par équivalent, sous la forme du maintien de la rémunération pendant la durée de l'interruption. Selon l'opinion soutenue par M. Josserand, s'inspirant de la doctrine du juris-consulte autrichien M. Ad. Exner, la force majeure serait un *événement tout à fait extérieur à l'entreprise*, alors que le cas fortuit, au contraire, se produirait à l'intérieur de l'entreprise. On conçoit qu'il est difficile à priori de dire si le chômage dû aux intempéries relève de la force majeure ou du cas fortuit, ou inversement. Tout dépend des circonstances.

Quoiqu'il en soit, la distinction faite par M. Josserand présente un intérêt quant aux effets, selon que l'on retient l'une ou l'autre hypothèse. Seule la force majeure exonérerait l'entreprise de l'obligation d'indemniser les salariés « inactifs », charge qui serait alors répartie sur la collectivité toute entière, tandis que le cas fortuit serait inopérant, de sorte que l'entreprise en supporterait seule la charge. Il convient toutefois d'observer que l'article 1148 n'établit aucune différence entre la force majeure et le cas fortuit ; au surplus, la jurisprudence admet l'exonération du débiteur dans les deux circonstances.

En créant un organisme de compensation des risques, intempéries dans le bâtiment, ou chômage chez les dockers, on donne satisfaction aux deux conceptions : considérant qu'il s'agit là de cas fortuits puisque l'arrêt du travail est dû à des événements qui sont néanmoins *prévisibles*, la charge de l'indemnisation est répartie entre les entreprises soumises à ce risque de chômage ; le poids de la charge, ainsi dilué selon le principe de l'assurance, sera supporté plus aisément que s'il était imposé à chaque entreprise isolément.

Cette même idée explique les limitations apportées à l'indemnisation, précisément parce qu'elle compense la perte d'un salaire alors que l'entreprise n'en tire aucun profit dans l'accomplissement d'un travail : la loi du 21 octobre 1946 réserve l'indemnité aux salariés ayant une certaine ancienneté dans l'entreprise (200 heures de travail au minimum au cours des deux mois précédant l'interruption du travail) et la limite à un maximum de 8 heures et aux $\frac{3}{4}$ du salaire perçu. Le droit à l'indemnité de garantie de la loi du 6 septembre 1947 est limité à 100 vacances chômées par trimestre.

Par les techniques auxquelles elle recourt, l'assurance chômage, dans le cadre des caisses de Congés payés, évoque déjà les indemnités de « remplacement » versées par les organismes de Sécurité sociale, mais des nuances s'imposent : la technique de l'assurance n'est plus cantonnée à un groupe de professions ou à une branche d'activité mais s'étend à

toutes les entreprises et à tous les salariés ; au surplus, elle suppose une interruption de travail consécutive à une atteinte corporelle et physiologique de la personne du travailleur, ainsi qu'une participation financière des salariés.

b) Les substituts du salaire versés par les organismes de Sécurité sociale.

L'accident ou la maladie, quelle qu'en soit la nature, professionnelle ou non, l'invalidité et la vieillesse peuvent obliger l'ouvrier à cesser son travail soit temporairement soit définitivement, entraînant pour lui une réduction totale ou partielle de sa capacité de gain. Le maintien des moyens d'existence est organisé par les Institutions de Sécurité sociale qui versent des indemnités pour perte du salaire calculées en pourcentage du salaire d'activité. Se substituant au salaire, elles lui empruntent la majeure partie de son régime juridique, lequel dérive de l'idée que le salaire a une fonction « alimentaire » (25). Tout se passe comme si le travailleur continuait à percevoir son salaire, mais un salaire diminué et sans contrepartie de travail. Un organisme-tiers, l'institution d'assurance, s'interpose dans les relations des parties qui sont suspendues et prend en charge le salarié. L'indemnité versée est égale au demi-salaire en cas de maladie, de maternité ou d'accident, ou pendant la période d'incapacité temporaire due à un accident du travail ou une maladie professionnelle ; les taux vont en décroissant si la réduction de la capacité de travail prend un caractère permanent comme dans l'invalidité, ou bien si la cessation d'activité est imposée à l'individu lorsque, le moment venu, l'âge l'autorise à exercer son droit au repos, en contrepartie des efforts qu'il a fourni au service de la collectivité. Nous aurons à examiner cette notion de rémunération différée au cours de l'analyse de la nature juridique des substituts du salaire. Contentons-nous, pour l'instant, d'étudier la technique juridique qui permet le versement de ces indemnités de remplacement.

L'intervention des organisations de Sécurité sociale est, en réalité, multiforme : elle vise, en premier lieu, à assurer le maintien de la capacité de travail afin que le salarié puisse continuer à pourvoir à sa subsistance par ses propres moyens ; c'est une politique essentiellement d'ordre sanitaire, visant à la prévention des risques en évitant la maladie ou l'invalidité, en retardant la vieillesse ou le décès, en luttant contre les causes d'accident de travail. Mais tous les efforts entrepris dans cette direction n'entraînent pas l'élimination totale des risques sociaux susceptibles d'atteindre l'individu dans son intégrité corporelle. Il faut donc envisager, en second lieu, l'indemnisation des victimes, orientée dans deux directions : d'abord, distribution des soins permettant à l'individu de récupérer sa force de travail, complément de la politique de prévention ; ensuite garantie des moyens d'existence par des prestations en espèces qui répondent à la nécessité de remplacer le revenu professionnel perdu. C'est cette dernière forme d'intervention qui relie,

(25) Lyon-Caen, *Op. cit.*, p. 371.

par une transition insensible, l'esprit de la Sécurité sociale à la théorie du salaire (26).

La technique utilisée est celle des assurances sociales, elle-même empruntée à l'assurance privée : la dispersion des risques sur une collectivité. La Sécurité sociale apparaît comme une assurance perfectionnée contre tous les risques physiologiques atteignant le salarié. Le droit français est à base contributive ; les fonds destinés à assurer le paiement des prestations proviennent des cotisations versées par les employeurs et les salariés. Sur le plan des obligations, des rapports juridiques se forment entre l'employeur, l'institution d'assurance et le salarié, indépendamment de tout consentement : il s'agit d'un rapport légal, imposé par voie d'autorité, et non d'un rapport contractuel formé sous la contrainte de la loi (27). Les contributions précomptées sur le salaire représentent pour le travailleur une épargne obligatoire ; les cotisations patronales sont la participation de l'entreprise à une assurance collective forcée couvrant l'obligation de sécurité à laquelle elle est tenue envers le salarié, qui doit parvenir sain et sauf à la fin de son contrat. De même qu'on assure le matériel contre les risques de dégradation, de même, et à plus forte raison, on doit prévoir la conservation du potentiel humain qui a été « loué » et n'est donc pas la propriété de l'entreprise : c'est un « bien » affecté à celle-ci, en vertu d'un contrat de louage. Le salaire représente le prix de « location », les cotisations patronales, les frais de conservation de la « chose louée ». Mais ces derniers ne varieront pas d'une entreprise à l'autre, ils seront identiques pour tous et calculés au pourcentage des salaires versés. Les fonds ainsi recueillis par la Sécurité sociale seront utilisés pour attribuer des « aliments » au travailleur qui ne pourra plus louer, soit momentanément, soit définitivement, sa force de travail.

Telle apparaît la technique des substituts du salaire dans la politique de la Sécurité sociale : ils sont une charge de l'entreprise avec participation ouvrière, mais une charge « compensée », car la maladie, l'accident, l'invalidité, la vieillesse sont des risques anormaux, certains prévisibles, d'autres imprévisibles. Il est plus normal d'en répartir le poids équitablement sur une collectivité.

La notion de contrat est cependant toujours vivante : l'absence de prestation de travail explique que l'indemnisation soit réduite, le salarié ne percevant qu'un salaire incomplet. Des différences sont établies selon que l'interruption du travail sera de courte durée ou de longue durée. Dans le premier cas, l'indemnité égalera le demi-salaire avec des taux plus élevés au-delà du 1^{er} mois d'incapacité temporaire, comme en matière d'accident du travail. Dans le second cas, les taux seront plus réduits : c'est le cas des pensions d'invalidité, où l'on trouve une multitude de systèmes prévoyant la répartition des assurés en trois catégories, selon le degré d'inaptitude, avec des pourcentages de 30 % à 50 %. C'est l'exemple des pensions vieillesse représentant de 20 à 40 %

(26) P. Durand. *Pol. Contemp. de la SS*, p. 45.

(27) P. Durand. *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, R.T.D. Civil 1944, p. 73 et suivantes.

du salaire d'activité ou plus, selon l'âge de départ à la retraite. Enfin, les rentes accident du travail calculées en fonction de la capacité de travail couvrant la presque intégralité de la perte du salaire.

Toutes ces modalités concourent à affirmer la nature « alimentaire » des substituts du salaire, mais cet aspect alimentaire est apprécié différemment selon la durée du risque. Si celle-ci se prolonge, l'individu organisera différemment son mode de vie ; on remarque que les vieillards adoptent un mode de vie au « ralenti », que l'invalidé s'oriente vers une activité réduite lui procurant des revenus d'appoint. Les prestations en espèces allouées seront donc plus faibles que dans les risques de courte durée. Il s'agit là « d'artifices techniques », qui rendent partiellement illusoire la garantie du salaire, surtout si les besoins alimentaires du travailleur sont définis à partir d'un minimum de subsistance physiologique.

Cette inadaptation des ressources aux nécessités sociales est si évidente que les travailleurs ont recherché, dans le cadre des conventions collectives ou du contrat de travail individuel, de nouvelles formes de garanties, venant compléter l'intervention insuffisante de la puissance publique.

B. — *Les dispositions d'origine conventionnelle.*

Un phénomène que l'on constate fréquemment dans l'ordre juridique est la réapparition et, surtout, le développement de techniques anciennes que l'on croyait reléguées dans le passé. En vérité, ce n'est pas un simple retour aux anciens procédés. Le progrès commande leur utilisation dans un contexte nouveau. Il en est ainsi de la garantie du salaire ; le cadre actuel étant marqué par l'évolution de l'ordre individuel à l'ordre collectif (2), les rapports des individus s'en trouvent transformés. En prenant soin d'assurer le vivre et le couvert aux compagnons malades, le maître assurait déjà une protection sociale aux membres du petit atelier artisanal. La politique des conventions collectives à l'époque moderne rejoint celle de la Sécurité sociale parce qu'elle assure de plus en plus, dans le même esprit, la sécurité du gain (29). Elle s'y rattache par ses mécanismes : à côté de l'assistance facultative dans le cadre de l'entreprise, se développe l'assurance obligatoire dans le cadre de la profession, à l'occasion de la maladie, du chômage ou de la vieillesse.

1) *L'assistance facultative dans le cadre de l'entreprise.*

L'organisation d'une garantie au profit de certains salariés est instituée par le paragraphe 617 du Code Civil allemand, en cas de maladie d'un salarié admis dans la communauté familiale, et le même procédé a été employé en Colombie, mais avec une portée beaucoup plus générale, par

(28) E. Bertrand. *Mélanges. Ripert. De l'ordre économique à l'ordre collectif*, p. 160 et suivantes.

(29) P. Durand, *op. cit. Pol. comp. de la S.S.*, p. 44.

une loi du 19 février 1945. En vertu du droit commun, la force majeure entraîne la suspension des contrats quand l'empêchement est de brève durée ou s'il est possible d'espérer une reprise de l'exécution (30). La maladie lorsqu'elle ne se prolonge pas, l'accident lorsqu'il est bénin, la nécessité de remplir certaines obligations militaires, la maternité, sont des événements qui présentent la nature d'un cas de force majeure. La Jurisprudence, comblant une lacune de la loi, en tire cette conséquence que leur survenance n'a pas toujours pour effet de mettre fin définitivement aux relations de travail ; il est utile pour l'entreprise d'avoir un personnel stable ; il est socialement souhaitable qu'à la guérison, le salarié puisse retrouver son emploi, facteur moral et matériel indispensable à son reclassement rapide dans la main-d'œuvre active. Le contrat de travail est donc simplement suspendu dans ses effets (31), et l'employeur est dispensé de régler le salaire puisqu'il y a absence de prestation de travail (32). Cependant, les relations de travail, malgré cette suspension, subsistent. Certains effets juridiques se produisent dans l'intérêt du salarié qui continue à bénéficier du paiement de ses salaires, généralement pour leur montant intégral pendant quelques semaines, puis pour une fraction pendant les semaines suivantes.

Ces avantages complémentaires sont parfois servis directement par l'employeur lui-même, de sa propre initiative, soit seulement à certains d'entre eux, soit à tous ses salariés. Il marque ainsi son désir de continuer à assurer la subsistance de son employé malade, dans un but humanitaire. On peut y voir aussi l'exécution d'une obligation naturelle, expression du devoir de charité qui pèse sur les membres de l'entreprise, « communauté du travail », et leur commande de venir en aide à ceux d'entre eux qui sont dans le besoin. Une telle situation, qui suppose l'existence de rapports juridiques colorés de personnalité, est de plus en plus l'exception. Aussi le maintien du salaire résulte-t-il davantage de l'exécution d'une obligation qui s'impose à l'employeur en vertu des usages constants de la profession, du contrat de travail et surtout des conventions collectives de travail, qui dérogent ainsi à la règle de la corrélation entre le salaire et le travail. Ainsi la convention collective nationale des Ingénieurs et cadres du Bâtiment du 23 juillet 1956 prévoit le règlement intégral de la rémunération pendant les trente premiers jours de la maladie ; celle des organismes de Sécurité sociale assure le paiement du traitement entier pendant six mois et ensuite du demi traitement. L'accord Renault du 15 septembre 1955 accorde pendant deux mois, aux salariés malades ou victimes d'accident du travail, une indemnité journalière qui s'ajoute aux prestations de la Sécurité sociale (Art. 10), avantage d'ailleurs subordonné à six mois d'ancienneté dans l'entreprise. Des dispositions analogues figurent dans un grand nombre d'autres conventions collectives (Banques, Etablissements Shell, Grands Magasins à succursales multiples).

(30) Durand et Vitu. *Op. cit.*, p. 793.

(31) Req. 28.7.1897 D.P. 1898.1.16 ; Soc. 3.12.1934. D.H. 1935, p. 84 ; Soc. 21.7.1941. D.H. 1941. J. 361.

(32) Civ. 12.3.1934 ; I.C.E. 1934, p. 434.

Il en est de même en cas de maternité : généralement, un congé préalable de 42 jours avec salaire intégral est prévu avant l'accouchement, auquel s'ajoute, après celui-ci, un congé maternité de 56 jours avec salaire intégral et un congé facultatif d'allaitement maternel de 3 mois à demi-salaire (convention collective des Banques et celle des organismes de Sécurité sociale) (33). Le législateur est intervenu pour éviter le cumul du salaire et des prestations en espèces servies par les organismes de Sécurité sociale. L'article 35, paragraphes 2 et 4 du décret du 29 décembre 1945, pour l'assurance maladie et l'article 107 al. 2 du décret du 31 octobre 1946, en cas d'accident du travail, prévoient que si le salaire est maintenu en tout ou partie au salarié malade ou accidenté ; l'employeur est subrogé de plein droit à l'assuré, quelles que soient les clauses du contrat, dans les droits de celui-ci, aux indemnités journalières, soit pour leur intégralité, soit pour la fraction qui dépasserait le salaire entier selon les clauses du contrat. La maladie ou l'accident ne doivent en aucun cas être des facteurs d'enrichissement sans cause.

D'autres cas de force majeure peuvent se produire : la préparation militaire, le rappel sous les drapeaux à un titre quelconque, le service militaire obligatoire. Le Droit du Travail fait une distinction subtile entre ces divers cas : la loi du 2 août 1949 considère que le service militaire proprement dit n'est pas une cause de suspension, puisque le salarié libéré ne dispose que d'un droit de réintégration et d'un droit de priorité d'embauchage, alors que l'article 25 du Livre 1 du Code du Travail assure la survie du contrat pendant les périodes obligatoires d'instruction militaire et les rappels sous les drapeaux (loi du 24 août 1949 et 27 mars 1956). La jurisprudence s'efforce d'atténuer les conséquences de cette différenciation, qui trouve néanmoins une résonance dans les conventions collectives. Généralement, celles-ci assurent le maintien de la rémunération totale pendant les périodes militaires obligatoires (Convention collective. Nat. du Textile — Convention collective des Organismes de Sécurité sociale) ; mais une indemnité partielle de « remplacement » est seulement garantie pendant la durée du service militaire légal : l'indemnité est égale à la moitié du traitement, si le salarié a des charges de famille, s'il a deux ans d'ancienneté et s'engage à reprendre son emploi (art. 23 de la Convention collective de Banque du 20 février 1951). La Convention collective des organismes de Sécurité sociale prévoit une indemnité égale à 10 % du salaire si le militaire est célibataire, égale à 25 % s'il est marié. Le salaire intégral est à nouveau rétabli pendant la période du service militaire qui excède la durée légale.

Cependant, les Conventions collectives ne contiennent aucune disposition prévoyant le maintien du salaire en cas de troubles économiques entraînant un arrêt ou un ralentissement de l'activité de l'entreprise, ces

(33) La convention collective de l'Édition du 27.7.1954 prévoit 4 mois de salaire intégral avant l'accouchement et 4 mois après. La convention collective des Entreprises de presse (art. 31) institue un taux dégressif : avec salaire entier pendant les 3 premiers mois et demi salaire du 4^e au 5^e mois.

difficultés n'étant pas constitutives de la force majeure (34). Le chômage partiel ou total est un risque prévisible, estiment les économistes : on applique donc les règles générales du Droit des obligations. Pourtant la pratique américaine la plus récente s'est engagée dans la voie de « salaire annuel garanti » préconisée par les syndicats ouvriers américains (35). L'objectif poursuivi est d'assurer au personnel des entreprises un salaire pendant l'année entière, même si les circonstances imposent un ralentissement ou un arrêt total de l'activité de l'entreprise. L'accord Cie Ford-Syndicat des Travailleurs de l'automobile, intervenu le 6 juin 1955 aux U.S.A., est une étape importante en ce sens. La Sté Ford a constitué un fonds d'assurance chômage, alimenté par des versements pour chaque heure d'ouvrier, qui assure aux ouvriers licenciés des prestations variables selon l'ancienneté dans l'entreprise. Cet exemple a été suivi en France : il est à l'origine d'une nouvelle forme d'assurance obligatoire élaborée par voie contractuelle.

2) *L'assurance obligatoire d'origine contractuelle.*

Ce système de garantie du salaire emprunte sa technique à l'assurance, mais sa création résulte d'un accord collectif entre employeurs et salariés, accord qui a la même force obligatoire que la loi. Son champ d'application englobe presque tous les salariés du commerce et de l'industrie ; la similitude avec les institutions de Sécurité sociale est alors frappante ; c'est le cas de l'assurance chômage obligatoire instituée par une convention collective, conclue le 31 décembre 1958, entre le Conseil National du Patronat Français d'une part, et les Organisations Syndicales CFTC, CGT, FO et CGC d'autre part (36). L'accord collectif n'intéresse parfois qu'une seule branche professionnelle : son extension est remarquable dans les régimes complémentaires de retraite créés dans le cadre de l'article 18 de l'ordonnance du 4 octobre 1945.

a) *L'assurance chômage obligatoire.*

L'ordonnance n° 59-129 du 7 janvier 59 (37), dans son article 3, organise une procédure destinée à rendre obligatoire « les accords conclus entre employeurs et travailleurs à l'effet de servir des allocations aux travailleurs sans emploi ». L'arrêté d'agrément du Ministre du Travail du 12 mai 59 s'applique dans ce sens à la Convention collective du 31 décembre 58. Il s'agit donc d'une véritable convention collective à durée limitée, renouvelable par tacite reconduction et par périodes triennales sauf dénonciation, avec possibilités de révision. La technique

(34) Civ. 25.5.1942. JCP 1942 II 1949.

(35) Brun et Galland. *Op cit.* p. 447.

(36) La CGT, la Confédération Générale des Syndicats Indépendants (CGSI) et la confédération autonome du travail (CAT) ont ultérieurement apporté leur adhésion à la convention (cir. J.O. 3.4.59).

(37) JCP 1959. III 24015.

utilisée est celle de la « répartition », mise en œuvre par des organismes privés à structure hiérarchisée, l'U.N.E.D.I.C., organe de compensation des risques sur le plan national, et les A.S.S.E.D.I.C. à compétence territoriale et à caractère professionnel ou interprofessionnel. Ceux-ci disposent de ressources constituées par une double contribution, patronale et ouvrière, calculée en pourcentage des salaires (38) ; les fonds ainsi recueillis sont destinés au financement des allocations spéciales de chômage égales à 35 % du salaire journalier moyen, et versées à ce taux pendant 330 jours (39), période qui peut-être prolongée en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise. Au-delà, le taux d'indemnisation est réduit à 30 %. Les allocations ainsi versées peuvent se cumuler avec celles attribuées par les collectivités publiques dans la limite de 80 % du salaire journalier. Aucun cumul n'est possible ni avec les indemnités d'intempéries des ouvriers du bâtiment ou les allocations de chômage des dockers, ni avec les prestations de la Sécurité Sociale. Le système est donc celui de la répartition de la charge du risque chômage sur l'ensemble des entreprises industrielles et commerciales situées sur le territoire national et employant du personnel salarié. Le même principe gouverne la technique juridique des avantages complémentaires de retraite.

b) *Les régimes complémentaires de retraite.*

Il ne peut être procédé à l'attribution de capitaux en cas de vie ou de décès, de retraites vieillesse, pensions d'invalidité ou de rentes en cas d'accident du travail, que par l'intermédiaire d'institutions de prévoyance (art. 18 de l'arrêt du 4 octobre 45), même si aucune contribution active n'est réclamée aux travailleurs. Cette règle a pour objet d'éviter la création de caisses patronales, simples annexes de la trésorerie de l'entreprise, dont les fonds ne bénéficieraient d'aucune garantie, subiraient les fluctuations de la vie économique et deviendraient ainsi le gage commun des créanciers, en cas de faillite par exemple.

Ces régimes complémentaires se sont multipliés, ces dernières années, dans le « cadre conventionnel » et cette extension considérable a conduit le législateur à préciser les conditions dans lesquelles ils peuvent fonctionner, de manière à présenter les garanties techniques indispensables. Tel est l'objet de l'ordonnance n° 59.75 du 7 janvier 59 (40) qui impose l'agrément du Ministre du Travail et du Ministre des Finances à tout accord collectif, ayant pour objet exclusif l'institution dans le cadre professionnel ou interprofessionnel de régimes complémentaires de retraites. L'un des plus importants de ceux-ci avait déjà été créé par la Convention Collective Nationale de Retraite et de Prévoyance des « Cadres », signée le 14 mars 47, entre le Conseil National du Patronat Français et les organisations Syndicales des Cadres. Son importance dans

(38) Le Conseil d'Administration de l'UNEDIC a fixé, le 27.11.1961, le taux de la cotisation patronale à 0,20 % du montant des salaires, celui de la cotisation ouvrière à 0,05 % du montant des salaires.

(39) Avenant I au règlement adopté le 26.12.61 (avis J.O. 2.2.62).

(40) J.O. 8.1.59. JCP III 24.001.

la vie sociale française n'est plus à démontrer. Ce régime s'appliquait en 1953 à 395.000 ingénieurs et cadres en activité et assurait, à la même date, le service de 83.000 retraites. Un avenant, agréé le 15 janvier 55, avait prononcé l'extension de cette Convention aux voyageurs et représentants de commerce. Dans un arrêt du 2 janvier 59, le Conseil d'Etat avait annulé l'arrêté du Ministre du Travail, estimant que cette extension était contraire aux dispositions des Articles 31/F et 31/J du Livre 1^{er} du Code du travail.

Pour mettre fin aux incertitudes de cette Jurisprudence, une ordonnance du 4 février 59 (41) a validé l'arrêté d'extension en précisant les conditions dans lesquelles les accords collectifs pouvaient porter création de régimes complémentaires de retraite. Ont désormais une existence légale et valeur d'institutions obligatoires, les régimes de retraites complémentaires des ouvriers du Bâtiment et des Travaux Publics (42), du personnel permanent du spectacle (43), du personnel rémunéré à la semaine ou au mois dans les théâtres et établissements cinématographiques (44), de la Boulangerie (45). Leur fonctionnement est assuré selon les mêmes règles : des contributions patronales et ouvrières, les unes obligatoires, les autres facultatives, alimentent le financement d'avantages complémentaires en cas de retraite ou de décès, lesquels s'ajouteront aux prestations de la Sécurité Sociale.

L'action des travailleurs, dans le cadre du contrat de travail ou de la convention collective, est donc venue compléter la faiblesse des dispositions légales dans le domaine de l'assistance chômage et de la Sécurité Sociale. La sécurité du gain est réalisée à travers un ensemble disparate d'institutions marquées par le sceau de la complexité. Les mécanismes juridiques ne sont pas toujours identiques. Pour un même risque, le chômage par exemple, la diversité est indéniable. A côté de l'assistance de l'Etat, il y a le régime d'assurance obligatoire et les régimes spéciaux des travailleurs du bâtiment et des travaux publics et des ouvriers dockers. Le risque est compensé, soit sur la collectivité nationale, soit sur l'ensemble des entreprises nationales, soit sur celles appartenant à une branche professionnelle. Cette dispersion nécessite une coordination toujours difficile à établir ; elle est source de difficultés pour les intéressés qui, pour obtenir les allocations, doivent s'adresser à des organismes multiples sans lien entre eux ; elle provoque des sources de fraude parfois difficiles à déceler. Les avantages consentis par les Conventions Collectives ou le contrat de travail, notamment en matière de retraite, de maladie ou d'accident, varient d'une profession à l'autre. Les conditions d'octroi et les taux de prestation sont loin d'être identiques. Ils sont d'autant plus importants que le salarié appartient à une branche professionnelle où la puissance des organisations syndicales assure mieux

(41) Ord. N° 59.238 (*J.O.* 7 et rec. 17.2.1959 JCP 1959 III 24170.24217).

(42) Créé par l'accord collectif du 13.5.1959, modifié par l'accord du 13.11.1959 complété par l'avenant du 22.6.1960 (avis 26.8.1960. *J.O.* 17.9.1960).

(43) Avis 26.8.1960. *J.O.* 17.9 et rect 14.10.1960.

(44) Avis 26.8.1960. *J.O.* 17.9.1960 (accord du 17.3.1959).

(45) Accord 22.1.1958 (avis 26.8.1960).

l'équilibre de la discussion juridique des parties au contrat ou à la Convention collective. Il en résulte que les salariés, placés dans un état de besoin par l'interruption de l'activité professionnelle, sont inégalement traités. Ces différences sont-elles justifiables ? Peut-on invoquer des impératifs techniques, à savoir la difficulté d'unifier la couverture de risques aussi dissemblables que le chômage et la maladie ? Ne faut-il pas plutôt considérer la finalité de toutes ces institutions dont l'objet commun est d'assurer le paiement du salaire lorsque celui-ci fait défaut, pour des causes étrangères à la volonté du travailleur ou de l'employeur ?

SECTION II

L'UNITE MATERIELLE DES CAUSES D'ATTRIBUTION

L'attribution des revenus de « remplacement » obéit, en réalité, à des règles de fond dont l'unité contraste avec l'actuelle diversité des mécanismes juridiques assurant la sécurité du gain. Ce monolithisme des conditions d'octroi des substituts du salaire constitue un des traits caractéristiques de la transformation interne du concept de salaire. Alors que le paiement du salaire suppose dans le cadre du contrat de travail l'exécution de la prestation de travail, en raison du caractère syllagmatique des rapports juridiques liant les parties, cette règle fondamentale du droit des obligations n'a plus cours. Bien au contraire, les substituts du salaire sont alloués précisément en l'absence de travail fourni. Les données traditionnelles en sont bouleversées : nous sortons du domaine contractuel sur le plan matériel, alors que les techniques ont parfois leur source dans des dispositions conventionnelles.

Cette mutation met en évidence un autre phénomène dans l'ordre juridique. En droit commun la force majeure ou le cas fortuit, en empêchant l'exécution des obligations mises à la charge des parties, exonère le débiteur de toute responsabilité (art. 1148 du Code Civil). Le droit social se traduit ici par des solutions différentes ; le salarié ne percevra un revenu de « remplacement » que lorsque l'absence de prestation de travail aura pour mobile l'existence d'une cause étrangère à la volonté des parties : le problème du risque d'entreprise, longtemps méconnu par la doctrine et le législateur, est désormais posé par les récents développements de notre droit (46). Une théorie originale des risques, en voie d'élaboration et proposée pour la première fois par M. A. Exner (47), redonne toute son actualité à la distinction entre cas fortuits et force majeure.

(46) Durand et Vitu, *Op. cit.*, p. 801.

(47) *Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, trad. E. Seligman, 1892.

A. — L'ABSENCE DE PRESTATION DE TRAVAIL.

Les indemnités de « remplacement » versées aux salariés soit par les institutions de Sécurité Sociale, soit par les entreprises ou les organismes de compensation dans le cadre du contrat de travail ou de la convention collective, ont pour objet de relayer le salaire défaillant, lorsque l'accomplissement de la prestation de travail est interrompu.

C'est en vue du salaire que le travailleur accepte de fournir la prestation de travail. C'est du salaire que dépendent ses moyens d'existence (48). Ceux-ci se trouvent compromis si le travailleur ne peut louer sa force de travail. Les substituts du salaire s'efforcent d'éviter au foyer ouvrier l'état de besoin et le recours à des mesures d'assistance privée, toujours humiliantes pour celui qui est appelé à en bénéficier. Le régime juridique de ces substituts est donc différent de la dette de salaire qui est, pour l'employeur, la traduction d'un devoir de justice et d'une obligation contractuelle. Ce trait est la manifestation de leur caractère alimentaire qui découle de leur affectation : assurer la subsistance du créancier. Mais le non-accomplissement de la prestation de travail qui justifie en partie l'attribution de ces revenus de substitution peut revêtir les modalités les plus diverses : le droit moderne tient compte non seulement de l'arrêt total de l'activité humaine, mais également de sa réduction, en vue de parfaire le salaire existant et amener les revenus du salarié le plus près possible du minimum nécessaire à sa subsistance.

Il existe cependant une exception remarquable confirmant la règle : la grève, constituant un refus de la part du salarié de fournir la prestation de travail, entraîne, corrélativement pour lui, la perte, non seulement de son droit au salaire, mais aussi de son droit aux indemnités de substitution.

1) *Les modalités de l'abstention du salarié.*

L'analyse des techniques juridiques met en relief que l'abstention du travailleur peut être nuancée et varier de la réduction du travail fourni jusqu'à sa disparition totale. Cet aspect se retrouve quelque soit la cause à l'origine de l'inactivité du travailleur. La législation sur l'assistance chômage fait une distinction selon que le travailleur est privé totalement ou partiellement de son emploi. Le décret du 12 mars 1951, modifié par les décrets des 18 octobre 1952, 29 mars 1954 et 16 avril 1957, permet l'attribution d'allocations de chômage partiel aux travailleurs occupés, par suite de manque de travail, pendant une durée inférieure à la durée légale de travail, ou à ceux qui sont provisoirement inoccupés du fait de la fermeture temporaire de l'établissement qui les emploie. Ces allocations se cumulent avec le salaire que le bénéficiaire perçoit pour le temps de travail réduit qu'il continue à effectuer dans l'établissement, dans la limite d'un certain plafond variable avec la situation de famille

(48) Durand et Vitu, *Op. cit.*, p. 598.

de l'intéressé (D. 12 mars 1951 art. 39 al. 3). Mais l'abstention du salarié, même partielle, doit être effective. Les chômeurs, qui, les jours de chômage partiel, effectuent un travail contre rémunération, ne peuvent pour ces mêmes journées percevoir les allocations de chômage partiel. De même l'indemnité pour intempéries cesse d'être due dans le cas où l'ouvrier du bâtiment exerce une autre activité salariée pendant la période d'arrêt de travail (49).

Les mêmes principes gouvernent l'assurance chômage obligatoire. Le régime actuellement en vigueur n'indemnise que le chômage complet. Cependant la situation des chômeurs partiels a préoccupé les signataires de la convention du 31 décembre 1958, qui déclare dans son article 8 « les parties, conscientes des problèmes qui peuvent se poser du fait du chômage partiel, sont d'accord pour procéder en commun, dès que possible, à leur étude, en vue de rechercher des solutions appropriées dans l'esprit de la présente convention ».

La législation de Sécurité sociale comporte un ensemble de dispositions qui tiennent compte, pour indemniser le salarié, de la perte ou de la réduction de la capacité de travail. Certes, l'arrêt de travail est total dans l'assurance maladie et en cas d'accident du travail pendant l'incapacité temporaire, jusqu'à la consolidation de la blessure ou la guérison. L'attribution des prestations en espèces de l'assurance maternité demeure subordonnée à l'observation d'un repos de six semaines, avant la date présumée de l'accouchement, de huit semaines après celui-ci (50). L'observation de ces prescriptions est certifiée par le médecin et l'employeur. Un délai de carence de trois jours à compter du départ de l'incapacité de travail est institué, en assurance maladie, pour éviter l'absentéisme de courte durée ; il existe dans presque toutes les législations étrangères conformément à la convention internationale de 1937. Cependant, l'art. L. 289 alinéa 2 du Code de la Sécurité sociale, reprenant les dispositions de l'art. 39 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, prévoit que l'« indemnité journalière peut être maintenue en tout ou partie, en cas de reprise de travail », pendant une durée maximum d'un an après l'expiration du délai de trois ans admis pour l'indemnisation des affections de longue durée.

Cette reprise de travail doit être de nature à favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'assuré, sans qu'il y ait lieu de rechercher la nature de l'activité exercée par l'intéressé (51). Le même texte *in fine* découvre bien la portée de l'institution, dont l'objet est de compléter la perte partielle de revenu que peut subir l'ancien salarié malade : on limite le montant de l'indemnité maintenue de façon à éviter que le gain total de l'assuré dépasse le salaire normal d'un travailleur de même catégorie.

Il convient d'observer que l'indemnisation peut donc être maintenue alors même que l'assuré reprend le travail avant d'avoir épuisé ses droits à prestations. Cette interprétation n'est pas contredite par le texte et par l'équité, l'esprit de la loi étant de permettre une réintro-

(49) Loi du 21.10.1946, Art. 6 al. 5.

(50) Article L 298 du code de la Sécurité sociale.

duction plus rapide de l'assuré dans le circuit productif ; on ne pourrait concevoir de réserver cette mesure aux seuls assurés ayant perçu des prestations en espèces pendant trois ans (52).

Ces règles manifestent la transition insensible qui s'établit entre l'assurance maladie et l'assurance invalidité. Celle-ci a pour objet l'octroi d'une pension à l'assuré dont la capacité de travail est réduite des deux tiers, dès lors que son état de santé est stabilisé, que sa blessure est consolidée s'il a été victime d'un accident de droit commun, ou que l'usure prématurée de l'organisme en est la cause. L'invalidé doit être hors d'état de se procurer, dans une profession quelconque, un salaire supérieur au 1/3 de la rémunération normale perçue par le travailleur de même catégorie, dans la même profession (53). Il peut donc subsister une capacité de travail partielle ; la pension d'invalidité vient compléter le manque à gagner que subit l'assuré ; à cet effet, on établit une distinction selon que l'invalidé est ou non capable d'exercer une activité rémunératrice, même réduite. Dans le premier cas, la pension sera fixée à 30 % du salaire, dans le deuxième cas, à 50 %. Si la reprise du travail permet à l'invalidé de percevoir pendant deux trimestres consécutifs un gain total supérieur au salaire normal d'un travailleur de même catégorie, la pension peut être suspendue en tout ou partie. (art. L. 318 du code de la Sécurité sociale). Il peut y avoir également suspension ou suppression de pension si, médicalement, l'assuré retrouve une capacité de gain supérieur à 50 % (art. L. 319 du code de la Sécurité sociale).

Les rentes d'accident du travail procèdent de la même idée : calculées en fonction du salaire de la victime, elles compensent la perte de revenu subie définitivement par le travailleur, que l'incapacité permanente soit partielle ou totale. On remarque que la législation des accidents du travail apparaît plus protectrice que celle de l'invalidité où l'attribution d'un revenu de remplacement est subordonnée à une incapacité supérieure à 66,66 %. Elle procède d'une adaptation plus nuancée à la réalité concrète. Ce système est plus équitable et plus logique « car il n'est pas douteux que plus l'infirmité est grave, plus la victime est progressivement atteinte dans ses moyens de vivre et de faire vivre les siens » (54). L'allocation d'un revenu périodique se substituant au salaire perdu, en raison de l'atteinte plus ou moins grave de la force de travail, offre plus de sécurité que l'attribution d'un capital.

À sa vie durant, le travailleur invalide est sous la tutelle « morale et protectrice » de la Sécurité sociale qui a la charge de lui assurer des moyens d'existence convenables. Aussi le rachat en capital de la rente

(51) Lettre ministérielle du 14.5.1956 (Bull. Jur. 36-56 D 5 AS jaune) : Le malade peut reprendre une activité commerciale, artisanale ou libérale tout en continuant à bénéficier des prestations en espèces.

(52) *Traité de la Sécurité sociale* (Edité par F.N.O.S.S.).

(53) Art. 2 Décret 60.993 du 12.9.1960 remplaçant l'art. L. 304 du code de la Sécurité sociale.

(54) G. Gaugier. *Commentaire ord.* 19.10.1945, JCP 1946, I, 539, p. 102.

n'est-il autorisé qu'après une période de 5 ans, lorsque l'accidenté se sera adapté à son nouveau mode de vie ; au surplus la faculté de conversion n'est admise que pour partie : le quart du capital représentatif de la rente correspondant à une incapacité permanente de 50 %, si le taux d'incapacité est supérieur à 50 % ; le quart de la rente, si ce taux est compris entre 10 et 50 %.

Le régime protecteur de la législation des accidents du travail est encore plus significatif, puisque le titulaire d'une rente d'accidents du travail qui reprend un emploi peut cumuler sa rente avec son salaire, quel que soit le montant de celui-ci ; auparavant sous l'empire d'une loi de 1898, l'éventualité où la victime se voyait assurer son réemploi avec maintien du plein salaire (55) était analysée par l'art. 21 al. 1^{er} de la dite loi, comme un mode de réparation entraînant suspension du service de la pension. Les rentes accidents du travail s'analysent donc comme des substituts du salaire d'un caractère particulier, puisque leur existence n'est plus liée d'une manière absolue à l'absence partielle ou totale de la prestation de travail.

Sur ce point, elles se rapprochent d'une autre catégorie de revenus de « remplacement » : les pensions de retraite. L'assurance vieillesse assure la garantie des moyens d'existence aux assurés qui deviennent incapables de travailler en raison de leur âge. Cette inaptitude au travail varie selon les individus, l'usure de l'organisme humain ne se produisant pas pour tous à une époque déterminée, fixe, de leur existence. Elle dépend de la profession exercée, certaines activités étant plus pénibles que d'autres. Les diverses législations ont pris parfois en considération ce facteur en fixant le départ de la retraite à un âge moins avancé que la normale, à 55 ans par exemple chez les mineurs. Mais ce n'est qu'une exception. Pour l'ensemble des salariés, la liquidation de pension intervient à l'âge de 60 ans. La faculté de reculer cette date leur est accordée avec, pour contrepartie, une augmentation proportionnelle du montant de la pension allouée, par année d'âge écoulée après 60 ans. Mais une distinction s'établit entre les allocations aux vieux travailleurs salariés et les pensions de vieillesse. Les premières restent dominées par la notion d'assistance et leur attribution est subordonnée à l'existence de ressources ne dépassant pas un certain plafond ; elles s'apparentent à de véritables substituts du salaire. Les pensions dites « contributives » représentent, au contraire, un véritable droit pour leurs titulaires, ceux-ci ayant participé dans le passé à leur constitution ; ce droit est exclusif de l'existence d'autres revenus que le vieillard peut obtenir, notamment par l'exercice d'une activité salariée ou non salariée, même réduite. La notion de « substituts » s'estompe dans la mesure où le salarié continue l'exercice d'une activité professionnelle lui procurant certains moyens d'existence.

La pension devient un « revenu de complément » si l'activité exercée assure le maintien du revenu antérieur. Mais avec l'âge et au fur et à mesure que les forces de l'individu déclineront, l'idée de « substitut » se réaffirmera au profit de celle de « complément ».

(55) Art. 38 du Règlement intérieur modèle des Caisses Régionales.

Ainsi, quelle que soit la forme de l'indemnisation et la cause qui motive celle-ci, maladie, maternité, invalidité, vieillesse, accident, chômage, les éléments de « substitution » du salaire apparaissent dès lors qu'il y a absence ou réduction de la prestation de travail. Il est cependant un domaine qui échappe même dans notre droit social moderne, à cette emprise : c'est celui de la grève.

2) *L'exception confirmant le principe : La grève et les substituts du salaire.*

Les conflits entre employeurs et salariés ne datent pas d'aujourd'hui. L'exécution des contrats peut être une source de litiges. Les relations de travail n'en sont pas exemptes. Le recours à la force pour les régler est un moyen de tourner l'inégalité juridique et économique des parties au contrat. On est alors en présence d'une véritable guerre privée reconnue, par notre constitution, comme un droit fondamental « qui s'exerce dans le cadre des lois qui les réglemente ».

Un tel statut n'a pourtant jamais été élaboré ; notre droit positif contient diverses prescriptions, antérieures à la Constitution, relatives à la conduite des « hostilités », mais insuffisantes. L'affirmation de la légalité de la grève entraîne cependant une modification de ses effets civils sur le contrat de travail. La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives, rejetant la thèse jurisprudentielle de la grève-rupture (56), prend nettement parti en faveur de la grève-suspension dans les termes suivants : « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié » (art. 4). Ce texte consacre une formule nouvelle qui refuse de voir chez le gréviste l'existence d'une volonté tacite, mais certaine, de rompre le contrat ; déjà la Cour Suprême d'Arbitrage, le 19 mai 1939 (57), s'était orientée en ce sens : à son avis, la grève suspendait seulement l'exécution du contrat. Cette idée triomphe dans l'important arrêt de la Cour de Paris du 13 juillet 1949, réformant le jugement du Tribunal de la Seine du 21 avril 1948 (58). La grève constitue l'inexécution, présumée légitime, de ses obligations par le salarié. Son seul but étant d'obtenir de meilleures conditions de travail, elle apparaît, sur le plan contractuel, comme une demande de révision du contrat (59).

La reconnaissance de ce caractère de légitimité n'a pourtant pas eu pour résultat de transformer radicalement les rapports contractuels entre le gréviste et l'employeur. Certains effets normaux du contrat de travail disparaissent en raison de l'éclipse qu'il subit pendant la grève. Les salariés ne peuvent prétendre, en droit, au paiement des journées de grève puisque la prestation de travail n'a pas été exécutée (60). La perte

(56) Ch. Civ. 13.11.1906, D.P. 1907. 1.372 ; Ch. Civ. 28.6.1910, D 1912. 1.449 ; Ch. Civ. 29.12.1925. S. 1926. 167.

(57) Droit social. 1939, p. 199.

(58) S. 1948.2.77 Conclusions Gegout. JCP 1948.2. 4637.

(59) Lyon-Caen. Manuel Dt. Trav. SS, p. 114.

(60) C. Soc. 1^{er} Juin 1951, Dt. Soc. 1951, p. 530 2^e Espèce.

du droit au salaire est justifiée comme suit par la Cour de Cassation : « par l'effet de la suspension, chacune des parties se trouve dispensée de mettre à exécution les obligations qui lui incombent, à savoir, les salariés de fournir un travail et les employeurs de verser un salaire ». (Cas. Soc. 5-3-53 Dt. Soc. 1953, p. 226). La juridiction administrative se prononce dans le même sens pour les fonctionnaires en grève. La rémunération mensuelle pourra être amputée valablement d'une somme correspondant aux journées de grèves (61).

Le contrat étant suspendu, le lien de subordination unissant l'employeur et son salarié disparaît momentanément. La théorie jurisprudentielle (62) qui admet la persistance d'un tel lien de dépendance pour expliquer l'extension de la loi des accidents du travail aux accidents du trajet ne s'applique donc plus. Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle refusé le caractère d'accident du trajet à l'accident survenu au travailleur en grève qui se rend à son lieu de travail pour participer à une réunion de grévistes (63) ou pour faire pointer sa carte de grève (64) ; la grève suspend « les effets du contrat jusqu'à la reprise du travail, tant que n'a pas été rétabli le lien de dépendance et de subordination que le contrat avait fait naître entre les parties ».

Enfin, étant donné l'absence de prestation de travail, la grève produit un effet : ne pas permettre l'attribution de certains éléments de remplacement du salaire alloués en cas d'inactivité forcée.

L'art. 38 du décret du 12 mars 1951 exclut explicitement comme cause d'arrêt partiel ou total du travail, ouvrant droit à l'allocation de chômage, les différends collectifs du travail. Certes, le décret du 16 avril 1957 permet, avec l'autorisation du Ministre du Travail, le versement de ses allocations, mais il n'envisage que l'hypothèse du lock-out à condition qu'il se prolonge plus de trois jours. Mais les données du problème se modifient ; le lock-out est une cessation de travail, non pas voulue par les ouvriers, mais subie par eux et imposée par l'employeur. Pourtant une partie de la doctrine (65) est prête à admettre sa validité. En vérité, il n'est reconnu par aucun texte formel du Droit français ; du point de vue civil, sinon du point de vue pénal, alors que la grève est un droit, le lock-out apparaît comme une faute engageant la responsabilité de l'employeur (66). Aussi, la jurisprudence oblige-t-elle ce dernier à réparer cette suspension irrégulière du travail, sous la forme du paiement des salaires bien qu'aucune prestation de travail n'ait été fournie (67).

La grève est un phénomène radicalement différent du lock-out. Elle suppose une interruption du travail, décidée volontairement par les salariés. On a soutenu qu'elle est le fait, parfois, d'une minorité qui

(61) Conseil d'Etat 9.4.1954, Dt. Soc. 1954, p. 517.

(62) C. Cass. 18.10.51, JCP 1952 II 6951. 1^{re} Espèce.

(63) Cass. Soc. 20.3.53, JCP 1953 II 7681. 3^e Espèce.

(64) Cass. Soc. 8.1.54. CP 1954. I. 149.

(65) Brun et Galland. *Traité de Dt du travail*, p. 923.

(66) Lyon-Caen, Manuel, *op. cit.*, n° 151.

(67) Ch. Soc. 30.10.1952, Dt Soc. Janvier 1953 ; D 1953. 132 ; JCP 1954 II 7959.

mène le jeu et impose sa volonté à une masse craintive, l'approbation des grévistes au mouvement de grève n'étant pas toujours librement consentie. Cependant, l'article 414 du Code pénal est là, précisément, pour réprimer les violences morales ou physiques, les voies de fait, les manœuvres frauduleuses portant atteinte à la liberté des travailleurs et ayant pour but de les inciter à se joindre à une cessation concertée du travail (68). On ne peut, dès lors, douter du libre arbitre des membres participant à l'action collective. Le caractère de la cessation de travail en cas de grève met en évidence cet autre trait original des substituts du salaire : l'octroi de ceux-ci suppose que l'abstention du salarié trouve sa source dans une cause étrangère à la volonté des parties.

B. — L'EXISTENCE D'UNE CAUSE ÉTRANGÈRE A LA VOLONTÉ DES PARTIES.

Le paiement des revenus de « remplacement » ne se réalise pas chaque fois que le salarié interrompt les relations de travail, temporairement ou définitivement. L'inactivité du salarié ne doit pas être imputable à sa volonté, ni, dans certains cas, à celle de l'employeur. Selon le droit commun contractuel, lorsque la force majeure met l'une des parties dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, l'autre est dispensée d'exécuter la sienne. C'est la théorie des risques dans les contrats synallagmatiques. Ce principe est écarté par le Droit du Travail et le Droit de la Sécurité sociale. On assiste à une orientation visant à faire supporter à l'entreprise les événements rendant le travail impossible. La théorie de la force majeure prend donc ici une physionomie originale ; si la force majeure, en provoquant l'interruption de travail, a pour effet d'entraîner la perte du droit au salaire, elle a cette conséquence juridique inattendue d'être le mobile justifiant l'attribution d'un salaire de « remplacement ». Or celui-ci est à la charge de l'entreprise au même titre que le salaire proprement dit, mais cette charge a été aménagée et diluée, pour en rendre le poids plus supportable, à travers divers organismes de compensation.

Le principe n'en est pas cependant modifié ; aucune distinction n'est établie selon la nature de l'impossibilité d'exécution survenue, qu'il s'agisse d'un risque physiologique ou d'un risque économique. Tel apparaît le second trait commun des substituts du salaire.

1) *La théorie des risques.*

Cette question des risques s'était déjà posée dans le Droit romain qui admettait que l'ouvrier conserverait le droit au salaire si la cessation du travail résultait d'un cas fortuit qui lui était étranger. Elle fit l'objet de vives discussions dans la doctrine et la jurisprudence allemandes, sous la dénomination de risques ou de troubles d'établissement, bien

(68) Crim. 29.6.1950, JCP 1950. II.131.

que cette notion fut envisagée sous le seul angle économique : manque de matière première ou d'énergie, incendie de l'établissement, détérioration du matériel. S'appuyant sur les principes généraux du droit, une théorie propre au Droit du Travail fut élaborée et une distinction établie : si l'interruption résulte d'événements qui rentrent dans la sphère juridique de l'employeur, celui-ci doit en supporter les risques et continuer à verser les salaires au personnel ; la solution inverse est consacrée si l'arrêt du travail rentre dans la sphère d'activité des travailleurs, notamment en cas de grève du personnel. Aucune indemnisation n'est possible dans ce cas, même si les salariés n'ont pas participé personnellement à ces événements. Cependant, en raison, d'une part, des liens unissant les salariés à l'établissement, d'autre part, de la responsabilité de l'employeur quant à la direction de l'entreprise, la jurisprudence allemande introduisit des nuances : si les événements sont imprévisibles (interruption du contrat à la suite d'une sécheresse, manque d'approvisionnement, de charbon, etc...) les travailleurs doivent en supporter la charge. L'employeur conserve, au contraire, le risque des perturbations qui se produisent dans l'établissement dès lors qu'il a pu les prévoir, et le droit au salaire sera maintenu en cas d'arrêt de chaudières, par suite de gelées ou de manque passager de courant électrique. La théorie, élaborée pour la première fois par le jurisconsulte autrichien Ad. Exner (69) à la fin du XIX^e siècle sur la distinction des cas fortuits et de la force majeure et reprise plus tard par M. Josserand, retrouvait un terrain d'élection aux multiples prolongements (70).

Le Droit français, quand à lui, s'est orienté dans une voie différente. La différence pouvant exister entre le cas fortuit ou la force majeure n'est généralement faite ni par la loi, ni par la jurisprudence qui exonèrent le débiteur de sa responsabilité dans un cas comme dans l'autre. L'art. 1148 du Code Civil, au surplus, place ces deux circonstances sur le même plan, bien que M. Josserand ait soutenu avec force l'existence d'une base de distinction (fait compris ou non dans le cercle de l'activité du débiteur). Il paraît surtout arbitraire de priver le salarié de tout moyen d'existence en cas de force majeure ; l'interruption d'activité ne résulte pas uniquement de causes économiques produisant un trouble dans le fonctionnement de l'entreprise.

Les causes d'empêchement qui surviennent dans la personne des parties et notamment celles qui atteignent le travailleur, entraînent les mêmes conséquences. C'est le cas de la maladie ou de l'accident qui sont bien des cas de force majeure, puisqu'imprévisibles. Cette tendance paraît avoir inspiré l'art. 20 du projet de la Sté d'Etudes législatives qui décide : « Dans tous les cas où l'employé n'est pas occupé à titre purement passager, il appartient aux tribunaux d'apprécier si, et dans quelle mesure, il a droit à sa rémunération en cas d'interruption momentanée de travail résultant d'un cas de force majeure ou de l'accom-

(69) Ad. Exner : *La théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. E. Seligman. 1892.

(70) Durand et Vitu. *Op. cit.*, p. 802.

plissement des devoirs personnels de l'employé ». Mais qu'advient-il si la durée de l'empêchement se prolonge ? Y a-t-il suspension ou cessation des relations de travail ? Cette nécessité d'objectivation du droit qui se manifeste dans les règles modernes de notre Droit de la responsabilité et qui conduit à prendre en considération la situation matérielle de la victime, afin que celle-ci puisse être indemnisée dans le plus grand nombre d'hypothèses, paraît s'imposer dans le Droit du travail, en vue d'améliorer le sort des salariés dont la position juridique est faible.

Le phénomène de socialisation du droit ne s'est-il pas, dès lors, concrétisé dans le développement des substituts du salaire, dont l'analyse nous démontre la multiplicité et la diversité ? Les techniques juridiques, qui permettent le paiement de revenus de « remplacement », ne concourent-elles pas à faire admettre un principe général d'indemnisation en cas d'interruption de travail ? Apparemment, la charge d'indemnisation est supportée soit par l'entreprise, soit par un groupe d'entreprises ou par la collectivité, selon le procédé utilisé. En fait, sur le terrain de l'obligation, le risque est toujours en tout ou partie à la charge de l'entreprise. Qu'il s'agisse de cas fortuits ou de la force majeure le salarié recevra des moyens d'existence, car le salaire a pour lui un caractère alimentaire indéniable.

Aussi, la distinction entre les deux éléments de cause étrangère intervient uniquement dans les modalités d'application de l'indemnisation. L'entreprise supportera définitivement la charge des cas fortuits, la force majeure sera supportée par la collectivité. Ce principe s'applique quelle que soit la cause de l'interruption de travail ; les indemnités de perte du salaire résultant de l'état de guerre, qui constitue un cas de force majeure, sont mises à la charge de l'Etat par la loi du 8 janvier 1944. Une catastrophe comme l'inondation est une circonstance complètement indépendante de l'entreprise, pour laquelle la loi du 2 mai 1955 a prévu le maintien du salaire par l'entreprise qui en reçoit le remboursement par l'Etat.

Toute activité comporte des risques pour celui qui agit ; il est juste que l'employeur les supporte, même si aucune faute ne peut lui être reprochée. Mais s'agissant d'un événement insurmontable, bien que prévisible, une solidarité est instituée pour éviter que le poids n'en soit trop lourd. Pour les mêmes raisons, la maladie, l'accident quel qu'en soit le caractère, professionnel ou non, sont des risques « compensés » à travers le circuit des organismes de Sécurité sociale. Nous avons cependant vu que l'entreprise peut accepter de supporter certains d'entre eux, puisque les conventions collectives prévoient parfois le maintien du salaire, en tout ou partie, pendant un temps relativement court. La maladie lorsqu'elle se prolonge, l'accident s'il réduit définitivement la capacité de gain de l'ouvrier, deviennent des cas de force majeure, ils ne s'apparentent à des cas fortuits que si l'interruption de travail qui en résulte est de brève durée.

Les organismes de Sécurité sociale, les Caisses de congés payés pour les indemnités d'intempéries, viennent donc limiter la responsabilité de l'employeur lorsque celle-ci risque d'être trop forte, en diluant les risques sur la collectivité des employeurs. Ces institutions jouent le

même rôle que les clauses limitatives de responsabilité contractuelle dans le droit commun des obligations.

Tel est le contenu original des solutions consacrées par notre droit positif qui a prévu ainsi les diverses hypothèses de maintien des moyens d'existence, en cas d'interruption du travail. La protection du salaire est assurée d'une manière désordonnée au travers des mécanismes propres au Droit du travail et de la Sécurité sociale. Faut-il en conclure que les principes du Droit civil sont entièrement bouleversés ? Il semble difficile de l'admettre, lorsque l'on constate qu'un élément de caractère subjectif est pris en considération : la cause d'interruption ne doit pas être imputable à la volonté du travailleur ou de l'employeur. En effet, un tel principe est d'une application générale quand la perte du salaire est la conséquence d'un risque social ou d'un risque économique.

2) *L'élément subjectif.*

L'attribution des substituts du salaire postule un cas de force majeure ou un cas fortuit. Ceci se vérifie quelque soit la nature de l'événement qui entraîne l'interruption du travail.

Aux termes de l'article L. 396 du Code de la Sécurité sociale, les maladies, blessures ou infirmités, résultant de la faute intentionnelle de l'assuré ne donnent lieu à aucune prestation en argent, bien qu'elles puissent donner lieu à attribution de prestations en nature. On admet que la faute intentionnelle consiste en blessures que l'assuré se fait volontairement dans l'intention de percevoir les prestations de la Sécurité sociale. La Chambre Civile de la Cour de Cassation, le 6 janvier 1960 (71), en tire cette conclusion qu'une tentative de suicide ne peut être qualifiée de faute intentionnelle.

En dehors même de toute faute imputable à la victime, la Cour Suprême considère que l'assuré qui tombe malade, alors qu'il était détenu préventivement, n'a pas droit aux indemnités de la Sécurité sociale, même s'il a bénéficié ultérieurement d'une décision de relaxe. Elle estime que, pendant la détention, l'assuré n'est pas « empêché par son incapacité physique de continuer ou de reprendre son travail et de tirer sa subsistance du produit de son activité » (72). Par circulaire 113 S.S. du 24 décembre 1958, le Ministre du Travail se rallie à cette jurisprudence, mais admet la solution contraire si l'assuré a fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence, celle-ci s'analysant comme une mesure administrative et non comme une décision judiciaire (73).

Bien que la loi du 30 octobre 1946 consacre le principe de la réparation des accidents du travail, abstraction faite de toute notion de faute, des dérogations à cette règle sont admises, en cas de faute intentionnelle ou seulement inexcusable de la victime. La faute inten-

(71) Bulletin civil 1960 II N° 8, p. 5.

(72) Cass. Civ. II. 11.12.1957 Malek JCP 1958 IV Ed. G. 10, Bull. Civ. II. n° 770, p. 500.

(73) Lettre Ministre du Travail du 14.4.1961 ; Dans le même sens : Commission de 1^{re} Instance SS Gard 9.2.1960 GP 1960, I. 227.

tionnelle consiste dans l'acte ou l'omission commis volontairement en vue de produire l'accident ou les blessures. Telle serait la mutilation volontaire. Son existence a pour effet de priver, non seulement la victime, de tout droit aux rentes prévues par la législation sur les accidents du travail, mais encore ses ayants droits du bénéfice des dispositions de l'art. 53 de la loi du 30 octobre 1946 relatifs aux rentes dues aux survivants. L'assuré est exclu également du droit à la pension d'invalidité des assurances sociales, en vertu de l'art. L. 396 du Code de la Sécurité sociale. Toute faute impliquant un acte volontaire, la réparation sera admise, néanmoins, lorsque l'acte accompli est la conséquence d'un état démentiel exclusif de toute volonté, auquel on assimile d'ailleurs la mélancolie profonde causée par un long et douloureux traitement (74).

Mais la « volonté n'implique pas l'intention » (75) ; la faute inexcusable suppose un acte ou une omission de « volonté libre », telle que son auteur ait voulu l'état de chose dont l'accident est résulté (76). La Cour de Cassation, toutes Chambres réunies du 15 juillet 1941, dont la définition est reproduite dans les arrêts rendus sous l'empire de la nouvelle législation, l'analyse en une faute d'une exceptionnelle gravité, supposant la conscience du danger que devait en avoir son auteur, l'absence de toute cause justificative (77). On en arrive à apprécier l'élément subjectif à partir d'un élément objectif, à titre de présomption. Le danger imminent n'a pu échapper à l'agent qui n'était pas dans l'impossibilité morale de le prévoir ou le pressentir. Ce qui écarte la simple imprudence ou négligence irréfléchie, l'inattention ou l'inadvertance.

Cependant, parce qu'elle se distingue de la faute intentionnelle par l'absence d'élément intentionnel, la faute inexcusable ne supprime pas tout droit aux prestations en argent. L'art. 64 al. 2 de la loi du 30 octobre 1946 dispose que, lors de la fixation de la rente, la Sécurité sociale peut diminuer le montant de celle-ci, cette diminution étant graduée et appréciée eu égard à la gravité de la faute et aux conditions dans lesquelles elle a été commise (78). La jurisprudence est dans le sens d'une atténuation de la responsabilité de la victime, si l'employeur a lui-même commis une faute qui a été déterminante dans l'accident, ou s'il a donné des ordres précis à son employé, celui-ci étant tenu du devoir d'obéissance quelle que soit la conscience qu'il ait eu du danger couru.

En revanche, il en va différemment en cas de faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur. Dans la première hypothèse, la majoration de la rente servie à la victime s'analyse comme une sorte de

(74) Douai. 11.5.1948. JCP 1949 II. 4680. Note Gauguier.

(75) Note Mihura s/ arrêt Cour de Cassation, toutes Chambres réunies, du 15.7.1941, JCP 1941 II 1705.

(76) Commission de 1^{re} Instance SS Chateauroux 24.1.1949 ; JCP 1950 II 5668 4^e esp.

(77) Cass. Soc. 23.2.1950 et 28.4.1950 : JCP 1950 II 5668, 4^e esp. Cass. Soc. 5.1.1953, Dt Social Juin 1953. 377.

(78) Cass. Civ. 8.12.1909, D. 1911. 1.91 ; 3.6.1924, DH 1924.471.

peine privée puisqu'elle est entièrement à la charge de l'entreprise sous forme d'augmentation du taux de la cotisation accidents du travail. L'art 67 de la loi du 30 octobre 1946, dans le second cas, ouvre à la victime l'action de droit en réparation du préjudice causé. Les mêmes règles, sous des formes différentes, sont appliquées lorsque l'interruption de travail est due à une faute commise par le chef d'entreprise. Parfois la fermeture d'un établissement est imposé à titre de sanctions en cas d'infraction à la législation économique en matière de prix. L'art. 30 de l'ordonnance du 30 juin 1945, oblige l'employeur à assurer au salarié le maintien, pendant un délai ne pouvant excéder trois mois, des « salaires indemnités et rémunérations de toute nature auxquels il avait droit jusqu'alors ». Des principes semblables ont été consacrés par la loi du 24 septembre 1941 relative à la lutte contre l'alcoolisme, et par l'ordonnance du 1^{er} septembre 1945 relative aux entreprises de presse dont l'activité est suspendue. M. Durand estime que le « maintien du salaire se rapproche d'une peine, accessoire de la condamnation principale » (79), ce qui évite l'octroi au personnel des allocations de chômage supportées par la collectivité.

Les travailleurs sans emploi ne peuvent bénéficier des indemnités d'assistance de l'Etat ou des allocations spéciales de l'assurance chômage obligatoire, que lorsque la perte de l'emploi ne leur est pas imputable. Le chômage doit être involontaire pour être indemnisé. Le salarié sera déchu de tout droit s'il a perdu son emploi par sa propre faute ou s'il l'a quitté sans motif légitime, notamment en cas de démission volontaire par suite d'une mésentente avec ses collègues, fait ne pouvant légitimer l'abandon de l'emploi (80). En revanche, la rupture du lien juridique entre le salarié et son employeur, causée par une faute même grave du salarié, n'est pas un départ volontaire. L'art. 6 du décret du 12 mars 1951, qui exclut à titre temporaire ou définitif de la liste des chômeurs secourus celui qui refuse indûment, et sans motif valable, un emploi ou un travail procuré par le service de la main-d'œuvre, procède de la même idée. Le chômage doit trouver sa source dans une cause étrangère à la volonté du travailleur.

Aussi ne peuvent bénéficier de l'aide les travailleurs saisonniers dont l'interruption de travail ne revêt pas, en règle générale, de caractère anormal exceptionnel et les personnes qui ont quitté leur emploi pour raison de mise à la retraite (D. précité art. 5.60).

Les substituts du salaire présentent donc entre eux des caractères communs, quelle que soit la forme que la technique juridique leur attribue en fonction du risque qu'ils sont appelés à garantir. Ces liens de parenté, qui se révèlent essentiellement dans le domaine des règles de fond, sont-ils déterminants pour conférer à tous les substituts du salaire une même nature juridique ? Or, si l'on répond par l'affirmative à cette question, un problème se pose néanmoins : quelle est alors la nature juridique de ces substituts ? C'est là qu'apparaissent les difficultés majeures parce qu'une telle recherche suppose un effort de synthèse

(79) Durand et Vitu. *Op cit.*, p. 798.

(80) Trib. adm. de Paris 9.7.1959, Dt Soc. 1960.280.

et de systématisation qui ne semble pas encore avoir été tenté ou, tout au moins, n'a pas fait l'objet d'une étude d'ensemble. Au surplus, dans ce travail d'élaboration, la plupart des juristes se heurtent à un obstacle qu'il leur est difficile de franchir, parce qu'ils raisonnent toujours en fonction de la notion traditionnelle du salaire. Celle-ci a subi pourtant un bouleversement considérable, dans la mesure où des revenus sont versés au salarié en l'absence de prestation de travail. Les concepts classiques, fondés sur l'équilibre des valeurs dans les contrats synallagmatiques, perdent tout intérêt pratique d'application. La prise en considération des besoins du travailleur inactif fait que « les sommes ainsi versées et le travail fourni ne sont plus placés sur les plateaux d'une même balance ; la notion juridique de salaire ne recouvre point exactement la notion économique » (81).

Cette distorsion obscurcit le problème des substituts du salaire qui est appelé à recevoir, sur le plan des qualifications, des solutions variables. Les sommes allouées pendant les périodes d'inactivité, quelle que soit leur source, sont-elles assimilées ou non à un salaire ? L'analyse révèle l'incertitude qui règne en la matière. *Chaque substitut, dans une certaine mesure, acquiert une nature juridique propre ; la relativité des notions juridiques l'emporte sur l'homogénéité.*

(81) J.J. Dupeyroux. Note s/arrêt Cour d'Appel de Toulouse 9.10.1959 D. 1960. 178.

CHAPITRE II

LA NATURE JURIDIQUE DES SUBSTITUTS DU SALAIRE

Cette diversité trouve sa cause dans le fait que les éléments de remplacement du salaire, et pour un même risque, sont tantôt versés directement par l'employeur, tantôt réglés par des organismes de compensation qui donnent une place prépondérante à la technique et, en particulier, aux mécanismes de l'assurance qui, bien qu'altérés, restent à la base de bon nombre de systèmes contemporains de garantie du salaire (1). A partir de là, on comprend toutes les hésitations de la Doctrine et de la Jurisprudence, partagées entre deux conceptions possibles : ou bien admettre que la qualification juridique de ces indemnités est subordonnée à l'existence ou à l'absence d'un détournement, celui d'un organisme tiers s'interposant entre l'employeur et le salarié ; ou bien, comme le souligne M. Lyon-Caen (2) s'appuyant sur un jugement passé inaperçu, celui du Tribunal de la Seine du 24 mai 57 (3), retenir que les « mesures destinées à garantir leur capacité de gain aux salariés, à la suite de l'impossibilité pour ceux-ci, devant la survenance d'un cas fortuit, de produire leur travail habituel, échappent au domaine du contrat de travail et ressortissent de la garantie des risques ». Solution qui paraît discutable à l'auteur, tout en ayant le mérite de situer, en termes très généraux, l'exacte position du problème. Est-il vrai que, dans les formes les plus récentes de la Sécurité sociale, l'évolution tend à faire prévaloir les fins sur les techniques, à subordonner ces dernières aux premières ? L'analyse que nous avons tracée de celles-ci montre, avec évidence, que le processus de transformation, loin d'être achevé, marque bien au contraire un retour vers les formes anciennes de protection sociale organisées dans le cadre du contrat de travail.

Les travailleurs recherchent par cette voie une sécurité plus complète que celle qu'ils espèrent de l'organisme social et public mis en place par le législateur. Résistant aux sollicitations des tribunaux du fond, la Cour de Cassation, ainsi que le législateur, semblent manifester un certain attachement au dualisme des qualifications.

(1) Dupeyroux, déjà cité.

(2) Lyon-Caen : *Le salaire dans le Droit du Travail et dans le Droit de la Sécurité Sociale*. Dt Soc. 1960, p. 613 et suiv.

(3) JCP 1947, 2^e partie, 10081, Note B.P.

SECTION I

LES DIFFICULTES D'UNE THEORIE D'ENSEMBLE.

La doctrine est divisée sur la nature juridique des substituts du salaire. Plusieurs thèses ont été soutenues, faisant appel chacune à une notion différente pour les définir. Ce manque d'homogénéité trouve sa résonance dans les textes dont l'imprécision laisse parfois sans issue tout essai sur le plan exégétique. Cependant, on peut discerner une tendance du Droit de la Sécurité Sociale à tenter une synthèse qui reste inachevée. Certes, dans ce domaine, la question de la qualification exacte à donner aux substituts révèle un intérêt d'application indéniable ; selon la réponse qui lui est apportée, l'assiette des cotisations s'en trouvera modifiée, soit en faveur de l'employeur, soit à son détriment. L'enjeu n'est pas purement théorique et pourtant, toute la théorie générale de la notion juridique du salaire est posée.

A. — LES CONTROVERSES DOCTRINALES.

La difficulté est extrêmement embarrassante. Tous les auteurs sont unanimes sur un point : la notion moderne du salaire est délicate à préciser (4) ; elle ne représente plus la contre-partie du travail réellement effectué, mais l'ensemble des avantages sur lesquels compte le salarié en « considération » de son travail (5). Les indemnités de chômage, de maladie, d'accident du travail, les pensions de retraite, ne constituent-elles pas une sorte de salaire d'« inactivité » ? C'est la thèse défendue par M. Alvin (6), qui constate une identité de nature entre ces prestations et le salaire d'inactivité. L'auteur en tire cette conclusion que le salaire d'inactivité est un salaire redistribué ; il est la propriété collective des salariés avant de s'individualiser au fur et à mesure que l'inactivité atteint des individus personnellement déterminés. L'Etat, l'employeur ou la Caisse de Sécurité Sociale ne sont que des tiers, simples gérants d'un bien qui reste la propriété collective des salariés jusqu'à sa distribution.

Cette analyse demeure superficielle dans la mesure où l'auteur n'introduit pas les nuances qui s'imposent selon la personne qui est tenue du paiement du salaire d'inactivité. Certes, considérer que les organismes de Sécurité Sociale assurent la gestion d'un patrimoine « affecté » dans l'intérêt commun des salariés est constitué par les cotisations versées par les employeurs est une conception qui peut être soutenue. Néanmoins,

(4) Durand et Vitu, *Op. cit.* T. 2 N° 322. Lyon-Caen, Manuel, N° 363 et suivant.

(5) Brun et Galland, *Op. cit.*, p. 224.

(6) *Salaire et Sécurité sociale* (pp. 10, 44 et suivantes).

il est tout aussi difficile de concevoir l'existence d'une propriété collective, autonome et distincte au sein du patrimoine de l'employeur, lorsque celui-ci assure lui-même directement le paiement des indemnités. Si aucun risque ne se produit au sein de l'entreprise, le montant des indemnités non versées accroît le patrimoine de l'employeur à qui il profite directement. Dans ce cas, il n'y a aucune redistribution puisque le cercle des bénéficiaires reste limité à l'établissement employeur ; partant, le phénomène de collectivisation du salaire ne se produit pas. Au surplus, la conclusion qu'en tire l'auteur, à savoir la nécessité du paiement du salaire d'inactivité par l'entreprise, en tout état de cause, va à l'encontre du principe de compensation des risques. L'exemple des congés payés, pour une telle extension, n'est pas convaincant, bien au contraire. L'indemnité de congés payés, si elle s'apparente à un salaire d'inactivité, n'est nullement le produit d'une redistribution. Elle évoque davantage un salaire différé, acquis et individualisé au fur et à mesure de l'accomplissement de la prestation de travail (7).

Deux arguments l'expliquent suffisamment : les travailleurs à domicile perçoivent leur indemnité de congés sous forme d'un complément (égal à 6 % de la rémunération brute), versée lors de chaque paie ; pour les mêmes motifs, la Cour Suprême (8) estime que l'indemnité se cumule avec les prestations de Sécurité Sociale relatives à la maladie survenue pendant le congé.

L'idée de « salaire différé », admise en matière de congés payés, est inadaptable aux autres éléments de remplacement. On fut tenté un moment d'expliquer ainsi la nature juridique des pensions de vieillesse, lorsqu'elles présentaient le caractère de droits acquis résultant de la capitalisation des cotisations. Cette technique individuelle, calquée sur le système de l'assurance vie, n'a plus cours dans un monde dominé par le principe de la répartition qui met collectivement les vieux travailleurs salariés à la charge des actifs. L'inflation a montré la fragilité du système. Seules les rentes d'assurance vieillesse trouvent partiellement leur justification dans les contributions versées par les ayans-droit ; au contraire, l'institution de l'allocation aux vieux travailleurs salariés et la fixation d'un minimum de pension, qui est le lot de la plupart des retraités, ont donné une place prépondérante à l'idée d'assistance.

Il apparaît également difficile d'appliquer la notion de « salaire différé » aux prestations en espèces de l'assurance maladie ou accident de travail, devant l'impossibilité de les répartir sur les périodes d'activité et d'établir une corrélation entre leur quantum, apprécié dans la durée du versement, et la prestation de travail antérieurement fournie par le travailleur.

Un salarié n'ayant travaillé qu'un court laps de temps peut percevoir des prestations sa vie durant, notamment s'il est invalide ou atteint d'une incapacité de travail : il n'y a pas de commune mesure entre ce qu'il reçoit et sa propre contribution.

Aussi, certains auteurs ont-ils orienté leurs recherches dans une

(7) C. Soc. 9.5.1953 et C. Soc. 19.3.1954. JCP 1954. II. 8221.

(8) *Déjà cité.*

autre direction, en faisant une distinction entre le salaire direct correspondant au travail et le salaire « indirect », charges obligatoires pour les employeurs qui se traduisent par des avantages pour les travailleurs (9). Cette théorie, élaborée par les économistes, oppose le « salaire contractuel », lié à la productivité individuelle, aux avantages dont bénéficie le salarié pendant les périodes où il est condamné à l'inaction (10). Est-elle susceptible d'une transposition sur le plan juridique ? Pour les mêmes raisons précédemment invoquées, on est contraint d'observer que certains de ces avantages sont parfois prévus par les conventions collectives ; ainsi que le souligne M. Dupeyroux, le « versement d'indemnités d'inactivité » correspond bien, dans ce cas, à une obligation juridique obligatoire contractée par l'employeur, lors de l'entrée du travailleur dans son entreprise. Ce dernier l'a déjà prise en considération avec l'ensemble des avantages de tout ordre offert par l'entreprise comme contrepartie de son engagement, ensemble qui forme un tout difficilement dissociable » (11).

On retrouve ici le critère de visibilité dégagé par la jurisprudence en matière de gratifications et lesdits avantages sont bien versés à « l'occasion du travail ». A vrai dire, l'employeur s'engage à assurer une certaine rémunération au travailleur quels que soient les risques qui surviennent à celui-ci. Il prend en charge sa subsistance, qu'il soit actif ou inactif, sans rechercher si elle a pour contrepartie le travail immédiatement corrélatif. Dans une certaine mesure, la distinction entre le salaire direct et le salaire indirect s'estompe. Le synallagmatisme entre les prestations de l'entreprise et du travailleur s'assouplit et le salaire tend alors à se rapprocher du « traitement » (12). Il est, dès lors, possible de qualifier de « salaire indirect » les prestations servies par les organismes de Sécurité Sociale ou les institutions de chômage, parce qu'elles émanent de tiers dont elles empruntent le circuit. Il n'en est plus de même si ces distributions incombent directement à l'employeur en vertu des clauses du contrat.

En présence de ces objections, l'école moderne tente de rapprocher le statut des deux catégories de substituts en soulignant qu'elles auraient l'une comme l'autre une fin plus alimentaire que rémunératoire (13). La distinction s'établirait entre les prestations à caractère indemnitaire, représentées par les « substituts », et les prestations à caractère rémunératoire, représentées par le salaire de « rendement », contrepartie de la productivité personnelle du travailleur. On écarte ici la notion de « salaire contractuel » puisque nous avons vu que l'on peut prévoir, par contrat, une part de rémunération non liée à la productivité, le maintien du salaire en cas de maladie par exemple. L'adoption d'un critère foncièrement téléologique, faisant abstraction de la source finan-

(9) Brun et Galland, *Op. cit.*, p. 207.

(10) *Les caractères contemporains du salaire*, P.U.F. Collect. Pragma, p. 15 et suivantes.

(11) Note Cour d'Appel Toulouse 9.10.1959 D. 1960.48.

(12) Note Dupeyroux. Arrêts Cour de Cass. 14.10.59, D. 60.73.

(13) Lyon-Caen, *Op. cit.* Dt Soc. 1960, p. 613.

cière des divers éléments de rémunération du travailleur, est-il suffisant pour réaliser une systématisation ? La réponse pourrait être positive, mais les difficultés de répartition aboutissent inéluctablement à des nuances.

Si tous les substituts du salaire ont une fin alimentaire, ce qui justifierait leur dénomination d'indemnités ou d'allocations, il faudrait admettre que la règle des cumuls ne devrait pas jouer. Or, celle-ci est mise en défaut dans plusieurs hypothèses. L'indemnité de congés payés peut se cumuler avec celle de l'assurance maladie, si la maladie se prolonge au-delà de la période habituelle des congés (14). Le pensionné d'invalidité qui a repris le travail a droit aux indemnités journalières de l'assurance maladie, s'il remplit les conditions de l'art. 249 du Code de la Sécurité Sociale, qu'elle que soit la nature de l'affection entraînant l'arrêt du travail (15), mais sous réserve que son état ne puisse être considéré comme stabilisé. Il n'existe également aucune restriction au cumul des prestations en espèces de l'assurance maladie avec une pension de vieillesse, dès lors que l'incapacité physique de reprendre ou de continuer le travail résulte d'un état pathologique et non de l'âge de l'assuré (16).

Certains substituts du salaire, malgré leur fin alimentaire, se recouvrent d'un vêtement juridique rémunératoire et sont la représentation d'un droit intangible du travailleur en corrélation étroite avec la prestation de travail, sinon présente, tout au moins passée : l'indemnité de congés payés, la pension vieillesse, calculée en fonction du travail accompli dans le passé, symbolisent ces îlots de résistance, réfractaires à un effort de synthèse. L'analyse des textes est encore plus déconcertante.

B. — LE PROBLÈME EN LÉGISLATION.

C'est à propos de l'assiette des cotisations que la question de la nature juridique des prestations de substitution a acquis un intérêt pratique d'application, selon qu'elles s'assimilent ou non à un salaire. Les solutions sont marquées du sceau de la disparité. L'absence d'une théorie d'ensemble est évidente. La loi du 20 mars 1954, modifiant l'art. 31 *bis* de l'ordonnance du 4 octobre 1945, manifeste cependant une tendance nouvelle vers une conception extensive de la notion de rémunération. Elle ouvre une voie dans l'approche d'un problème resté jusque-là sans réponse.

1. — *La variabilité des textes.*

L'art. 145 paragraphe 1^{er} du décret du 8 juin 1946 exclut de l'assiette des cotisations les prestations familiales. La même règle est

(14) Lettre du Min. du Travail 25.11.1959, Cass. Soc. 28.10.1958, Bull. Civ. IX, n° 1133, p. 861.

(15) Cette règle résulte du décret du 20.5.1955 qui supprime l'individualisation des maladies. Avant ce texte, le cumul n'était admis que si l'arrêt de travail résultait d'une cause autre que la maladie invalidante.

(16) Lettre Minis. Trav. 18.10.1956.

adoptée par l'art. 103 alinéa 1^{er} du Décret du 31 décembre 1946 définissant le salaire de base pour le calcul des indemnités d'incapacité temporaire d'accidents du travail. Devant le silence des textes quant au sort des prestations en espèces de la Sécurité sociale, l'art. 14 du règlement intérieur modèle des caisses régionales précise que le salaire de base ne comprend pas les indemnités reçues au titre d'une législation de Sécurité sociale. L'exception prévue pour les « prestations familiales » apparaît ainsi comme l'application à un cas particulier d'un principe général concernant toutes prestations qui n'ont le caractère, ni d'un salaire, ni d'un gain. La circulaire 299 SS du 30 octobre 1947 confirme implicitement cette règle générale, en faisant une distinction entre les prestations légales de la Sécurité Sociale et celles qui sont dues en vertu des dispositions contractuelles. Si l'employeur assure le maintien du salaire pendant une période d'absence pour maladie, accident, maternité, etc... de son salarié, l'avantage ainsi consenti, en vertu du contrat de travail ou d'un usage de la profession, est assimilé à un salaire et soumis aux cotisations sociales. Les prestations de la Sécurité Sociale constituent, en principe, une rémunération, mais une rémunération légalement exonérée de toute cotisation, tout devant se passer comme si des cotisations étaient payées sur ces prestations sociales.

Cette solution s'applique-t-elle aux autres indemnités compensatrices d'une perte de salaire ? Rien n'est moins certain, comme le démontrent les contradictions du législateur. Au sujet des indemnités pour perte de salaire consécutive à l'état de guerre et aux restrictions d'énergie électrique, la loi du 8 janvier 1944, dans son article 7, et la loi du 14 décembre 1945, dans son article 2, décident que les sommes ainsi versées, dans les conditions prévues aux articles 43 et 46 du livre I du Code du Travail (17), ont le caractère d'un salaire et qu'elles supportent les cotisations de Sécurité Sociale, alors même que la charge en est supportée indirectement par l'Etat. L'art. 4 de la loi du 2 février 1955, sur les indemnités en cas d'inondation, opte pour la solution inverse et ne considère pas celles-ci comme constituant un salaire. Est-ce en raison du fait qu'elles sont remboursées par l'Etat à l'employeur ? Certainement pas. La circulaire ministérielle n° 23 SS du 4 février 1955, ne faisant aucune distinction, indique que, même lorsqu'elles demeurent à la charge de l'employeur, elles ne doivent pas être compromises dans l'assiette des cotisations. Le manque d'harmonie déroute le juriste s'il examine la nature des indemnités d'intempéries des ouvriers du bâtiment. L'article 7 de la loi du 21 octobre 1946 les assimile à un salaire en les soumettant aux dispositions de droit commun qui régissent le salaire : privilège, saisie-arrêt et cession-paiement (18) ; l'art. 1^{er} du Décret du 1^{er} mars 1949, pour alléger les charges des employeurs, apporte à cette règle un assouplissement en les exonérant des cotisations sociales « parce qu'elles ne sont pas considérées comme constituant un salaire ». Pourquoi, dès lors, les soumettre à l'assiette de la surtaxe progressive comme si elles avaient un caractère

(17) Article 7 Loi 8.1.1944 uniquement.

(18) Code du Travail, Livre I, Titre III — Art. 2101 Code Civil — Art. 549 Code de Commerce.

rémunératoire ? Le même régime d'exonération est appliqué à l'indemnité de garantie du salaire des ouvriers dockers ; il est pourtant refusé à l'indemnité mensuelle versée à un représentant de commerce, en compensation de la perte de salaire subie par ce dernier du fait qu'il n'effectue provisoirement aucune opération de représentation, au motif qu'il n'y a pas rupture du contrat de travail (19).

Le R.A.P. du 29 décembre 1945, en son article 95, prévoit que les secours accordés aux chômeurs sont soumis à cotisations lorsque ceux-ci effectuent des travaux pour le compte de l'Etat ou d'un établissement public. On peut en déduire que les allocations de chômage, prévues par le décret du 12 mars 1951, ne sont pas un salaire dès l'instant qu'elles « n'ont aucune contrepartie » (20). Même incertitude à propos des allocations complémentaires de chômage versées par les ASSEDIC, lesquelles sont exonérées du versement forfaitaire sur les salaires et des charges sociales, mais restent soumises à la surtaxe progressive.

Le problème est encore plus complexe en ce qui concerne les régimes spéciaux : E.D.F., Gaz de France, Mines etc... Assurant elles-mêmes la gestion de la Sécurité Sociale pour leurs agents, ces entreprises peuvent donc se prévaloir de la double qualité d'employeur et d'Organisme de Sécurité Sociale. Le Conseil d'Etat a fait ressortir cette double qualité, à propos d'un accident du travail, dans un arrêt du 13 juillet 1955 (Recueil Conseil d'Etat 1955, p. 438) (21).

La question de savoir si les avantages statutaires représentent des prestations de Sécurité Sociale ou des rémunérations versées par l'entreprise en qualité d'employeur n'est pas résolue par les textes, car les prestations de Sécurité Sociale ne font généralement pas l'objet d'une réglementation distincte dans les statuts des entreprises qui gèrent leurs propres services de Sécurité Sociale. En attendant que le législateur tranche la question, seule l'étude de la jurisprudence doit nous permettre de dégager l'orientation actuelle. On verra qu'elle présente une importance capitale, car précisément les employeurs « privés », revendiquant l'assimilation aux entreprises publiques, estiment faire office de Sécurité Sociale lorsqu'ils accordent des avantages complémentaires à leurs salariés en cas de maladie, d'accident du travail ou de vieillesse. Or, cette « promotion », le législateur semble avoir voulu l'écarter en ajoutant, le 20 mars 54, un article 31 *bis* à l'ordonnance du 4 octobre 1945.

2. — *Le contenu original de la loi du 20 mars 1954* (22).

Comment ne pas être frappé par le peu d'intérêt suscité par cette loi dont nous avons déjà eu l'occasion de parler ? Certains commentaires peu élogieux estiment qu'il s'agit de « dispositions inutiles qui n'apportent aucune modification importante » (23). Ce texte a introduit l'actuel art. 120

(19) Lettre Ministérielle du 20.12.1948.

(20) Circul. Minist. n° 36 du 20.7.1949.

(21) Note s/art. J. Andrieux : *Le recours des Caisses du Régime général de SS contre le tiers responsable d'un accident de droit commun*. D. 1960 ; p. 195.

(22) J.O. 21.3.1954, JCP 1954 III 18736.

(23) La loi du 23.3.1954 s/l'assiette des cotisations (Dt. Social 1955).

du Code de la Sécurité Sociale, aux termes duquel sont « considérées comme rémunérations pour le calcul des cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations familiales toutes les sommes versées ou dues aux travailleurs en contre-partie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications, et tous autres avantages en argent ou en nature... ». Le même article ajoute que « les prestations de Sécurité Sociale versées par l'entremise de l'employeur ne sont pas comprises dans la rémunération », complétant ainsi l'art. 1^{er} du R.A.P. du 8 juin 1946, lequel ne faisait état que des prestations d'allocations familiales.

L'art. 120 nouveau paraît, à priori, ne poser aucune difficulté d'interprétation lorsqu'il s'agit d'éléments de la rémunération très précis, comme les indemnités de congés payés qui figurent dans le texte de loi. Il confirme dans ce domaine l'évolution de la jurisprudence qui semble parvenue à son terme avec l'arrêt de la Cour Suprême du 19 mars 1954 (24). Pour la première fois, il est déclaré en termes formels que : « les congés payés, qui s'acquièrent mois par mois, *constituent un élément de salaire à paiement différé* entrant dans le calcul du prix de revient, restent acquis à l'ouvrier quel que soit son état », en tout état de cause, sans être subordonné à la prise du congé, ni même à l'ouverture de la période légale de congés. L'indemnité de congés payés semble ainsi perdre le caractère de substitut du salaire qui lui avait été d'abord attribué (25). En revanche, les difficultés peuvent s'élever en ce qui concerne les « autres avantages en argent » contractuellement dus aux travailleurs. Les juges, en effet, bien plus que les rédacteurs des textes juridiques, attachent une grande importance à la terminologie. A dessein, l'adjonction des mots « à l'occasion du travail » marque l'intention du législateur d'élargir considérablement la définition de l'assiette des cotisations et, partant, de la notion juridique de rémunération qui englobe, désormais, toutes les sommes versées ou dues aux travailleurs par l'employeur dans le cadre du contrat de travail. Les avantages complémentaires alloués par l'entreprise aux salariés malades font désormais partie intégrante de la rémunération au même titre que les « salaires ou gains ».

Dans son esprit, la loi du 20 mars 1954 paraît consacrer une notion extensive du concept de rémunération, fortement influencée par des considérations contractuelles. Le dernier alinéa de l'art. 120 n'admet qu'une exception concernant les prestations de Sécurité Sociale, lorsqu'elles sont versées par l'employeur. Mais on sait, qu'en vertu de l'art. 35 du Décret du 29 décembre 1945, celui-ci est subrogé de plein droit à l'assuré dans les droits aux indemnités journalières qui lui sont dues, lorsque le salaire est maintenu en totalité. Une partition est opérée parmi les éléments qui tombent dans le patrimoine du travailleur. Les indemnités compensatrices de perte du salaire versées par la Sécurité sociale ne peuvent être regardées comme participant du salaire ; celles allouées à titre de

(24) J.P. 1954 II 8221.

(25) Arrêt Cour Cass. 20.5.1949, J.C.P. 1949.II.5029.

complément par les patrons rentrent dans l'assiette des cotisations à titre de rémunération. En dépit de l'aspect alimentaire qui est leur attribut commun, le critère organique l'emporte sur le critère téléologique. Cette construction juridique a l'avantage de la simplicité ; elle contraste singulièrement avec les solutions disparates adoptées par les textes relatifs aux autres substituts du salaire que sont les indemnités en cas d'intempéries, d'inondation, ou de risque économique. Est-elle exempte de critiques ? Peut-on dire qu'elle a mis fin aux controverses jurisprudentielles qui ont eu lieu avant la loi du 20 mars 1954, sur la nature juridique des substituts du salaire ? Comme le fait remarquer le Professeur Dupeyroux, le régime juridique de ces derniers peut-il varier selon les procédés techniques qui assurent leur mise en œuvre, en fonction de l'intervention ou non d'un tiers assureur, selon que l'entreprise supporte directement le poids de ces indemnités ou transfère une partie de la charge sur la collectivité ? (26). Autrement dit, est-il possible de découvrir à l'exonération des prestations de Sécurité Sociale une justification ne pouvant s'appliquer aux indemnités de même objet versées par l'employeur ? (27). Tel est le problème délicat qui se pose à la jurisprudence. La théorie juridique du salaire en est l'enjeu important. L'analyse des décisions de justice ne manque pas de laisser l'interprète désorienté devant les controverses acharnées que la loi du 20 mars 1954 est loin d'avoir apaisées.

SECTION II

L'ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE :

Le débat, sur ce plan, présente ce trait original d'être « contemporain ». Il a pris, au cours de ces dernières années, une acuité telle que la querelle sur la nature juridique des substituts du salaire s'est transformée en véritable guerre « ouverte ». Celle-ci présente un aspect triangulaire : elle oppose entre elles les juridictions des Cours d'Appel dont la diversité d'opinion est caractéristique et l'arbitrage de la Cour Suprême n'a pas réussi à s'imposer contre une « coalition » dissidente appuyée par la doctrine. La phase des « opérations actives » se poursuit actuellement et l'on ne peut dire avec certitude quelle est la tendance qui l'emportera. Les arguments avancés, de part et d'autre, ne sont pas péremptoirs et montrent combien les magistrats se sont trouvés à court de matériaux dans leur démonstration. On remarque enfin que la recherche d'une conciliation entre les deux courants qui partagent les arrêts est problématique, car une seule décision a adopté une position intermédiaire, laquelle a été rejetée par la Cour de Cassation. Le choix se pose, en définitive, entre deux solutions extrêmes : ou bien on adopte la conception extensive de la notion de rémunération, mais on en exclut, pour

(26) Note s/ Cour d'Appel de Toulouse 9.10.1959, D. 1960.48.

(27) Note s/ arrêt Ch. Civ., 2^e S. Civ., Cour Cass. du 14.10.1959, D. 1960. 73.

éviter un élargissement « abusif », les prestations versées par les Organismes de Sécurité Sociale, tout en y englobant les mêmes indemnités versées conventionnellement par l'employeur ; ou bien l'on condamne cette solution, et l'on est inéluctablement amené à envisager le problème dans un sens radicalement opposé et foncièrement restrictif. Dans cette dernière hypothèse, l'exonération totale des indemnités complémentaires oblige à examiner quelle est la nature juridique de ces dernières, laquelle doit être susceptible de s'étendre aux prestations de Sécurité Sociale. La position des juges est d'autant plus inconfortable que les justifications sont extrêmement difficiles à dégager.

A. — LE REJET DES SOLUTIONS INTERMÉDIAIRES.

Bien qu'on puisse s'en étonner, la thèse intermédiaire est défendue par les employeurs qui ne se sont pas élevés contre l'assimilation des indemnités complémentaires de maladie à une rémunération versée en contre partie ou à l'occasion du travail. Désireux surtout de réduire l'étendue de leur dette à l'égard de la Sécurité Sociale, ils demandent un simple aménagement technique et estiment que les cotisations sociales ne doivent être calculées que sur la seule différence entre le plafond légal et les prestations de la Sécurité Sociale.

Après avoir adopté, sur le plan théorique, une conception extensive de la notion de rémunération, ils sollicitent un compromis : les indemnités de la Sécurité Sociale sont exonérées de toute charge et il en est de même des rémunérations dépassant le plafond, en vertu de l'art. 119 du Code de la S.S. Par « rémunération soumise à cotisations », il faut entendre « rémunérations dans la limite du plafond » ; donc la somme correspondant aux prestations versées par la Caisse doit être déduite, non de l'intégralité des salaires perçus par le salarié, mais de la somme correspondant au plafond. Ce système a pourtant été admis par la plupart des Commissions Contentieuses de la Sécurité Sociale (28). Les arguments en sa faveur ne manquent pas (29). En équité, il évite de pénaliser les employeurs qui, bénévolement ou conventionnellement, ont accepté d'assurer à leurs salariés malades une gratification sans contrepartie de travail. En cas de maladie, le plafond est réduit de la valeur des prestations en espèces de la Caisse. S'il en était autrement, l'exclusion des prestations de la rémunération totale serait, dans certains cas, sans effet pratique ; le calcul des cotisations risque d'être le même, que le salarié travaille ou non, si sa rémunération normale est supérieure de plus de 50 % au salaire limite. Aussi, n'hésite-t-on pas à soutenir que la Sécurité Sociale n'a pas à examiner la nature ni le quantum des sommes dépassant le plafond, sous peine de voir retirer tous ses effets à l'existence de celui-ci. Or les avantages d'une telle solution se retrou-

(28) Comm. Rég. de Limoges 8.3.1955, G.P. 1955.1.390 ; Nantes 4.6.1954. Bull. F.N.O.S.S. 1954.28 ; Paris 25.6.1956, quest. de SS, Nov. 1956, p. 336 ; Comm. 1^{re} Inst. Lyon 17.3.1957 et 10.6.1958.

(29) Note Brunet s/arrêt Cour de Cass. 26.2.1958, D. 1958. 597.

vent pour le « salarié » qui cotise au régime des retraites des « cadres » de la loi du 14 mars 1947. Le nombre de points de retraite est fonction des cotisations versées, calculées sur la tranche différentielle constituée par la différence entre la rémunération effectivement versée et le plafond de la Sécurité Sociale. Avec la thèse intermédiaire des employeurs, cette tranche différentielle ne subit aucune modification, que le salarié soit ou non malade. Le nombre de points de retraite n'en est pas réduit, ce qui est conforme à l'intérêt du « cadre » (30).

Cependant, l'équité est une formule de raisonnement insuffisante pour constituer une explication juridique. Elle laisse sans solution le problème de la nature juridique des indemnités complémentaires de maladie. Les juridictions de la Sécurité Sociale ont abordé avec hardiesse cet aspect théorique pour étoffer leur thèse ; l'argument a été repris et développé par la Cour d'Appel de Grenoble, le 29 mars 1960 : « Les prestations de Sécurité Sociale constituent en principe une rémunération, mais une rémunération légalement exonérée de toute cotisation ». Cette exonération légale équivaut au paiement des cotisations. Les prestations sont, dès lors, retranchées du plafond légal, comme si les cotisations correspondantes avaient été acquittées. Cette explication découle du jeu combiné de l'art. 145 du décret du 8 juin 1946 et des art. 119 et 120 du Code de la Sécurité Sociale.

Cette idée comporte, à notre avis, une part de vérité, mais elle affirme l'existence d'une exonération sans la démontrer. Quel est le fondement de cette exonération ? Pour le rechercher, il convient, au préalable, « de repenser » l'analyse de la nature juridique des cotisations spéciales, d'en dégager la source et la finalité. Cette étude, qui sera abordée plus loin, nous permettra de mettre en évidence que les prestations de Sécurité Sociale sont bien une forme de rémunération, mais une forme particulière n'ayant pas les caractères d'une rémunération « individuelle », au sens qu'on donne à cette expression. Aussi, dans les termes où le problème est présentement posé, à savoir dans le cadre exclusif des relations individuelles de travail, il est difficile d'envisager une solution valable car on se heurte à deux objections.

Cette thèse intermédiaire aboutit à conférer aux indemnités complémentaires allouées par l'employeur une double nature juridique. Une partie des sommes, celle qui est comprise entre le plafond et les prestations sociales, restant soumise aux cotisations, est assimilée à une rémunération « versée en contre-partie et à l'occasion du travail ». Tout le reste, qui excède le plafond, est exonéré des charges sociales, ce qui revient à dire qu'il a la même nature juridique que les prestations de la Sécurité Sociale, puisqu'il en épouse le régime et qu'elles n'ont pas pour contre-partie directe un travail de leur bénéficiaire. Le dualisme des qualifications lié, en définitive, à l'existence d'une institution de caractère technique, le salaire plafond, est difficilement concevable (31). Supposons un système de Sécurité Sociale où la règle du plafond soit supprimée pour

(30) Comm. Rég. d'Appel de Lille 21.12.1956, Jur. SS. 13, Année 1957.

(31) Cette idée est développée dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Rennes du 12.5.1960, D. 1960. 503.

les cotisations et les prestations, et toute la théorie ainsi élaborée est à reconstruire. Il est hasardeux de concevoir une telle relativité, sans base solide, sinon une simple fiction. La plupart des juridictions l'ont bien compris et ont préféré s'orienter vers des solutions extrêmes, opposées certes, mais seules susceptibles d'offrir une analyse cohérente.

B. — L'ATTRAIT DES SOLUTIONS EXTRÊMES.

Le débat a lieu désormais sur ce terrain entre les deux tendances diamétralement opposées : ou bien les indemnités complémentaires de Sécurité Sociale s'assimilent totalement à un salaire d'inactivité, ou bien les salaires d'« inactivité provisoire » dont le principe tend à se généraliser dans bien des entreprises et branches d'industrie jouent le même rôle que ceux de la Sécurité Sociale. Faut-il opter pour la thèse extensive ou pour la thèse « restrictive » ? La Cour de Cassation s'est ralliée à la première solution et s'y maintient fermement, malgré une résistance imprévue des juridictions inférieures, très favorables aux employeurs. Où fixer les limites de la notion de rémunération ?

1. — *La thèse extensive de la notion de rémunération.*

Cette thèse ne fait d'ailleurs aucune distinction entre substituts et compléments du salaire et applique les mêmes critères dans les deux hypothèses. Si l'indemnité de compensation est prévue par une convention collective ou individuelle, répond à un usage de l'entreprise ou, d'une façon générale, est attendue par le travailleur, elle sera assimilée aux indemnités de la loi du 20 mars 1954. Toute somme versée par l'employeur dans le cadre du contrat de travail participe de la nature du salaire : telle est la solution adoptée par les Commissions Régionales d'Appel de Strasbourg (7 mars 1957) et de Limoges (13 décembre 1955), à propos des indemnités de maladie. Rejetant la thèse intermédiaire des employeurs, la deuxième section de la Chambre Civile de la Cour de Cassation fait sienne cette jurisprudence en cassant, le 28 février 1958 (32), la décision de la Commission Régionale d'Appel de Paris (33) : « Attendu qu'il résulte de ces dispositions combinées (de l'art. 31 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 modifié et de l'art. 145 du R.A.P. du 8 juin 46) que les prestations de Sécurité Sociale perçues par le salarié, étant exclues toutes les sommes qu'il a reçues en dehors des dites prestations à titre de gain ou de salaire, sont assujetties au paiement des cotisations dans la limite du plafond prévu par la loi ». D'où il s'ensuit que les prestations de Sécurité Sociale doivent être déduites de l'intégralité de la rémunération. La Cour Suprême reprend la même formule dans ses deux arrêts du 14 octobre 1959 (34) et englobe dans la notion de rémunération tous les salaires « d'inactivité » versés par

(32) G.P. 1958.I.398, Dalloz 1958. 597, Note Brunet.

(33) 25.6.1956.

(34) Dalloz 1960, p. 73.

l'employeur. Elle ne se fait point faute d'apprécier si, en matière de salaire, la qualification adoptée par les juges du fait est fondée et casse les décisions qui lui paraissent, sur ce point préalable, erronées. Ainsi, pour la Cour Suprême, il y a une opposition de fond entre « rémunération » et « prestations » ; les prestations de la Sécurité sociale ne sont point libérées des cotisations en vertu d'une exonération légale, mais plus simplement parce qu'elles n'ont rien d'une rémunération (35).

On peut faire toutefois à cette analyse le reproche d'être essentiellement fondée sur l'exégèse de textes qui sont loin d'être d'une clarté décisive. Certes, elle présente l'avantage de la simplicité et de la logique, mais on doit souligner que la Chambre Civile affirme plus qu'elle ne prouve. Quelles justifications peuvent être proposées ? Les Cours d'Appel qui se sont rangées à l'avis de la Cour Suprême s'y sont attachées à les rechercher dans leurs attendus. Puisqu'elles représentent un courant fortement majoritaire, les arguments avancés sont-ils déterminants ?

Il est noté d'une part, que les indemnités différentielles sont « liées » au travail fourni par le personnel puisque, pour pouvoir bénéficier de l'avantage conféré, l'ouvrier malade doit avoir une ancienneté minimum dans l'entreprise, le nombre de mois pendant lesquels les indemnités sont versées et le taux de celles-ci étant variable selon cette ancienneté. Cet avantage est donc « au même titre que le salaire et avec lui, la contre-partie du travail antérieurement fourni » ; il est de « nature à persuader le salarié qu'il constitue un véritable salaire garanti par l'employeur, malgré les interruptions de travail pour cause de maladie » (36).

La Cour d'Appel de Rennes, le 12 mai 1960 (37), reprend les mêmes attendus et ajoute « que le salarié considère cet avantage qui est de nature à guider son choix et à lui faire préférer cette entreprise, plutôt que telle autre qui ne le lui consent pas » ou bien « qu'il est impossible de ne pas admettre qu'il lui est versé du moins à l'occasion du travail, comme le prévoit l'art. 120 du Code de la Sécurité Sociale ». Reprise des mêmes considérations dans l'arrêt de Besançon du 7 avril 1960 (38) qui, motivé, ébauche une théorie du « salaire d'inactivité » constitué par l'ensemble des avantages découlant du contrat de travail ou d'une convention collective et correspondant à une période pendant laquelle le salarié ne travaille pas : « la notion de salaire doit être étendue à ces indemnités puisque l'indemnité de congés payés est actuellement considérée comme un salaire » et « qu'il en est de même de l'indemnité du 13^e mois ». La notion de salaire est élargie et englobe les avantages de « tous ordres offerts par l'entreprise à l'ouvrier comme contre-partie de son engagement, ensemble qui forme un tout difficilement dissociable » (39). Une telle extension ne va pas, toutefois, jusqu'à y inclure

(35) Dupeyroux s/Cour d'Appel de Pau 7.3.1960 — s/Cour d'Appel de Rennes 12.5.1960, D. 1960. 503.

(36) Cour d'Appel de Rennes 16.10.1959, JUR SS 38. 1959.

(37) Dall. 1960. 503.

(38) Dall. 1960. 344.

(39) Note Dupeyroux s/arrêt Cour d'Appel de Toulouse 9.10.1959. Dall. 1960, p. 48.

les prestations de Sécurité Sociale elles-mêmes, parce que, disent les Conseillers de la Chambre Sociale, « elles ne sont pas en corrélation directe avec le travail fourni, ne constituant que des indemnités d'assurance ». Cette absence de corrélation serait illustrée par le fait que les prestations de Sécurité Sociale sont servies à des bénéficiaires n'effectuant aucun travail (conjoint, enfants à charge). Point de vue très discutable car les magistrats confondent prestations « en espèces » et prestations en « nature ». Si, pour les secondes, il n'y a aucune connexité, il en est différemment des premières qui, remplaçant le salaire défaillant, ne sont servies qu'à l'assuré et calculées en fonction du salaire versé. Il existe donc une corrélation diffuse entre les cotisations et les prestations. En définitive, la nature juridique exacte des indemnités de demi-salaire n'est pas définie.

La Cour d'Appel de Paris, le 16 mars 1960 (40), dans une affaire opposant la Sécurité Sociale à la Sté Esso-Standard (la plupart des décisions rendues intéressent cette entreprise, qui ne voit pas sans étonnement sa position adoptée par certains arrêts et rejetée par d'autres), préfère abandonner le terrain purement contractuel et synallagmatique, pour admettre que « les indemnités complémentaires de maladie ne sont pas strictement la contre-partie d'une activité *effectivement* accomplie, mais prennent *directement* leur source dans les relations de travail qui unissent le patron à ses employés et sont, en conséquence, des gains soumis à cotisations ». Les termes sont révélateurs de l'évolution qui se dessine sur un plan beaucoup plus élevé, en vue de substituer à la conception étroite exigeant un lien direct entre la disposition et un travail précis, fut-il antérieur, une conception large où la simple existence de la relation de travail, l'appartenance du travailleur à l'entreprise, lui ouvre droit à une rémunération, même pendant les périodes d'arrêt de travail indépendantes de sa volonté. Par un phénomène d'auto-assurance, le travailleur bénéficie d'une sécurité de gain renforcée qui représente un avantage incontestable, assimilé à une « modalité de rémunération certes inspirée par des motifs généreux, mais qui se place dans un ensemble qui constitue le contrat de travail » (41).

Cette démonstration autorise, dès lors, tous les prolongements. La Cour de Rennes, le 12 mai 1960 (42), n'a pas craint de s'engager dans cette voie dans l'espèce originale qu'elle avait à trancher. La Société Nantaise des Fonderies Réunies et des Constructions Mécaniques, qui continue à servir à son personnel malade l'intégralité du salaire, s'est assurée contre ce risque auprès d'une compagnie d'assurances qui lui rembourse ainsi les sommes versées. Elle fait valoir, contre l'U.R.S.S.A.F. de Nantes, que l'existence de cette convention confère aux indemnités différentielles le caractère d'indemnités d'assurance. Les juges rejettent cette prétention, considérant qu'à l'égard des ouvriers bénéficiaires, la qualité de la personne ou de l'organisme qui est chargé du règlement matériel des indemnités n'en modifie pas la nature juridique : « L'assu-

(40) Bul. Jur. SS 1960, p. 27.

(41) Cour d'Appel de Grenoble 20.10.1959, J.U.R. 29.55.1959.

(42) Déjà cité.

rance étant seulement destinée à couvrir la société employeur d'un risque résultant pour elle de la maladie ». Il y a tout lieu de croire que leur décision aurait été la même si les indemnités étaient versées par la compagnie au travailleur malade, la substitution de celle-ci à l'employeur, en tant que débiteur, n'entraînant pas novation, le salarié demeurant étranger à la convention couvrant la responsabilité de l'employeur.

En revanche, cette transition insensible vers la technique d'un régime de prévoyance complémentaire, alimenté par des cotisations ouvrières et patronales sert d'argument à une partie de la doctrine pour s'opposer à une telle extension de la notion de rémunération. Celle-ci en tire une conséquence : l'avantage complémentaire accordé aux travailleurs n'est pas représenté par les indemnités d'assurance éventuellement versées par l'assureur mais par les primes, coût d'une sécurité renforcée, avantage apparent ou occulte, qui augmente chaque salaire d'activité. Si l'on admet la thèse extensive, c'est sur celles-ci, exclusivement, que les organismes de Sécurité Sociale doivent percevoir les cotisations, afin de tenir compte des « avantages accordés à ceux qui seront malades, comme à ceux qui ne le seront point ».

Poursuivant jusqu'au bout la voie tracée, on peut, dès lors, justifier l'exonération dont bénéficient les prestations de la Sécurité Sociale, mais l'enjeu est modifié ; ce n'est plus la nature juridique des substituts qui est l'objet du débat, mais la nature juridique des cotisations sociales et tout est remis en cause. Celles-ci ne devraient-elles point entrer dans la notion, non seulement économique mais aussi juridique du salaire, et être incluses dans l'assiette des cotisations ? Notre droit positif semble s'y être refusé jusqu'à présent, non sans raison d'ailleurs.

L'impasse juridique est évidente, le rejet de la notion extensive du salaire oblige inéluctablement à aborder la solution diamétralement opposée.

2. — *La thèse restrictive de la notion de rémunération.*

Il semble qu'elle ait été abordée à propos d'une question incidente de compétence, par le Tribunal Civil de la Seine le 24 mai 1957 (43), qui envisage le problème « globalement » pour l'ensemble des substituts. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le contentieux de l'allocation chômage-inondation instituée par la loi 55.141 du 2 février 1955, à la suite des inondations qui se produisirent en France en janvier 1955, relevait de la juridiction administrative. Il convenait, au préalable, de définir la nature juridique de l'indemnité : si celle-ci est assimilée à un salaire, les tribunaux judiciaires du Travail sont compétents quant à la fixation de son montant. Le Tribunal de la Seine, se fondant sur l'art. 4 de la loi du 2 février 1955 qui rejette une telle assimilation, ne l'a pas admis. Mais il lui fallait écarter l'argument tiré de l'art. 5 de la même loi qui, s'attachant à la forme du paiement, édicte que les indemnités sont versées par l'employeur dans les mêmes conditions que les salaires. Pour résoudre cette contradiction, les attendus soulignent :

(43) J.C.P. 1957.II.10081, Note B.P.

« que les mesures destinées à garantir leur capacité de gain aux salariés à la suite de l'impossibilité pour ceux-ci, devant la survenance d'un cas fortuit, de produire leur travail habituel, échappent au domaine d'exécution du contrat de travail et ressortissent de la garantie des risques ». Cependant, après avoir affirmé un principe général, les juges en réduisent la portée en soulignant que leur décision est motivée par le fait que l'indemnité inondation, bien que payée par l'employeur, est supportée, en dépense, par le fonds National de Chômage. L'origine des deniers, imputables sur le budget de l'Etat, est publique ; en conséquence, le droit d'obtenir une subvention doit être soumise au contrôle du juge administratif. Au contraire, lorsqu'il s'agit de deniers privés, versés par les employeurs pour assurer le fonctionnement des caisses destinées à pallier des chômages prévisibles et habituels (44), le Conseil d'Etat estime que le contentieux du paiement des allocations appartient aux tribunaux judiciaires, juges des salaires de droit privé (45). Ce partage de compétence apparaît cependant assez discutable, car les ressources des organismes de Sécurité Sociale, par exemple, sont bien privées, mais leur destination est publique, en raison de leur affectation obligatoire à la garantie des risques. Est-ce à dire que la distinction faite par le Tribunal de la Seine devient sans intérêt pratique d'application ?

Il n'en est rien : le principe affirmé par cette juridiction sert de base de raisonnement pour définir la nature juridique des substituts du salaire. La Cour d'Appel d'Orléans, le 17 juin 1959 (46), lui donne tous ses développements en refusant de s'incliner, comme Cour de renvoi, dans l'affaire opposant la Sté « Le Joint Français » à la Sécurité Sociale, devant la décision de la Cour Suprême du 28 février 1958. Considérant qu'aucune identité de nature ne relie le « salaire d'activité » au salaire « d'inactivité », elle estime que l'origine des deniers et la forme du paiement sont sans importance. Les substituts du salaire, qu'ils soient attribués par un organisme de Sécurité Sociale ou directement par l'employeur, ne peuvent s'analyser en une « rémunération perçue en contre-partie ou à l'occasion du travail, puisqu'ils correspondent à une période pendant laquelle le salarié ne fournit aucun travail ». Les versements de l'employeur, bien qu'ils prennent leur source dans les prescriptions d'une convention collective, représentent, en réalité, des « prestations complémentaires de l'assurance maladie », une telle institution faisant « office d'un régime spécial complémentaire du régime général de la Sécurité Sociale ».

On peut faire valoir plusieurs arguments en faveur de cette thèse. Cette hypothèse serait d'abord admise implicitement par l'art. 35 du décret du 29 décembre 1945 qui, en cas de maintien du salaire entier au salarié malade, subroge de plein droit l'employeur dans les droits de l'assuré pour la perception de l'indemnité journalière. De même, l'art. 145

(44) Caisse d'intempéries pour les travailleurs du bâtiment et des travaux publics (Loi du 21.19.1946). Caisse Nationale de garantie des ouvriers dockers (Dt 27.3.1956, art. 96).

(45) Conseil d'Etat 25.1.1952, Fédération maritime du port de Bordeaux.

(46) G.P. 1939. 2. 174 — J.C.P. 1959. II. 11299 — D. 1959. 482.

du décret du 8 juin 1946 exclut les allocations familiales du calcul des cotisations destinées à compenser les charges de familles ; elles ne représentent pas une rémunération du travail. Pourquoi ne pas étendre, par analogie, la règle aux indemnités complémentaires de maladie ou d'accident dont l'objet est de compenser les pertes de gain ?

La Cour d'Appel de Toulouse adopte le même point de vue favorable à l'Esso-Standard (47) qui soutenait la thèse intermédiaire défendue par les employeurs. Elle rapproche les substituts du salaire versé par l'entreprise des prestations de la Sécurité Sociale, parce que « destinés à venir en supplément de ces dernières, ils ont un but éminemment social et humanitaire, mettent le travailleur à l'abri de tout risque et le préviennent contre les injustices du sort » ; En l'espèce « il s'agissait d'un engagement unilatéral de l'employeur et non du respect d'une convention collective ». L'existence d'une obligation naturelle ou morale, expression d'une solidarité professionnelle à l'intérieur de l'entreprise, aux lieux et place d'une obligation juridique pure et simple, était de nature à appuyer la thèse des Conseillers, puisque la cause de l'acte est modifiée (48). C'est encore à propos d'« Esso-Standard », en raison des nombreux recours formés par cette société, que la Cour de Pau adopte la thèse restrictive du salaire (49). Dans cette affaire, la nouveauté, l'intérêt, résident dans le renversement d'attitude des employeurs qui, cette fois, fondent leurs prétentions sur les arguments développés par la Cour d'Appel d'Orléans (50) et demandent l'exonération totale des indemnités complémentaires.

Est-ce à dire que la tendance manifestée par les Cours « dissidentes », si elle se confirme, est susceptible d'entraîner un revirement de la jurisprudence de la Cour Suprême ? La doctrine semble le souhaiter (51), en reprochant à cette dernière de donner des qualifications différentes aux substituts du salaire, en fonction de la personne qui en est débitrice (employeurs ou organismes de Sécurité Sociale). M. Lyon-Caen regrette l'absence d'une théorie du salaire d'inactivité qui conduit au « dualisme des rémunérations » (52). Rien n'est moins certain. La Cour de Cassation, dans ses derniers arrêts, maintient invariablement sa position (53). On peut lui faire le reproche de ne pas justifier la qualification de rémunération aux « indemnités de remplacement » des employeurs, alors qu'elle refuse cette même qualification aux prestations de la Sécurité Sociale. Certes, le courant dissident présente l'avantage de la logique et de la simplicité, mais il reste attaché à une conception unitaire du salaire, contre-partie directe et immédiate du travail fourni. Cette conception

(47) Arrêt du 9.10.1959, D. 1960, 48.

(48) Note Dupeyroux s/arrêt précité, D 1960. 48.

(49) Arrêt du 7.3.1960, D. 1960. 503. On note à la même époque deux autres arrêts de Cour d'appel favorable à cette thèse : Orléans 5.2.1960 et Lyon 29.2.1962.

(50) Du 17.6.1959 déjà cité.

(51) Dupeyroux s/arrêt C. Cass. 14.10.1949, D. 1960.73.

(52) Le salaire dans le droit du travail et de la SS, Dt Social 1960, p. 613.

(53) Cass. Ch. Civ. 2^e section 3.11.1961, JUR SS II 1961.

— — 8.1.1960 (URSSAF de Besançon c/Sté Rhodiacéta).

— — 21.6.1961 JUR SS I 1962.

s'harmonise mal avec l'évolution moderne marquée par la multiplication des formes de rétribution du travail. La notion de rémunération a vocation à regrouper tout ce qui tombe dans le patrimoine du travailleur. Cette orientation nouvelle est mise en évidence par les compléments du salaire. Les conflits qui se posent à propos des éléments de « substitution » présentent plus d'acuité. La controverse ne sera apaisée qu'à partir du moment où l'on aura dégagé avec netteté le fondement juridique des qualifications. Sans cette approche préalable qui nécessite un réexamen de la théorie juridique du salaire, la relativité des concepts l'emportera sur l'« unité ».

Si l'on admet, à la limite, un dualisme des qualifications, vers lequel s'orientent la législation et la jurisprudence de la Cour Suprême, il faut en découvrir la justification. En dehors de cet effort de systématisation, la nature juridique de chaque « accessoire du salaire », nous l'avons mis en évidence, acquiert un contenu variable. Chaque complément ou substitut du salaire finit par avoir sa propre définition du salaire. La conception classique et unitaire de la rémunération en est littéralement pulvérisée.

TITRE II

LA RELATIVITE DE LA NOTION DE REMUNERATION ET LE DUALISME DES CONCEPTS

L'éclatement interne et externe de la notion de salaire apparaît comme l'un des phénomènes les plus étonnants du monde juridique contemporain. La rémunération du travail tend à ne plus être contenue dans le concept traditionnel du salaire de rendement (1). Est-ce à dire que les compléments, comme les allocations familiales, et les « succédanés » du salaire versés collectivement à la catégorie des travailleurs par l'entremise des institutions de Sécurité Sociale et répartis en fonction des besoins de chacun, n'ont plus aucun lien avec le travail ? La réponse semble affirmative si l'on envisage la question sur le plan strictement individuel du contrat de travail. L'optique est totalement différente si l'on analyse la notion de rémunération, non plus sous l'angle atomistique mais dans le cadre du processus dialectique qui affecte l'ensemble de nos institutions juridiques. Le travailleur ne besogne plus directement pour son employeur mais pour la collectivité (2). En ce sens, il apparaît de plus en plus comme exerçant une fonction sociale, le plus souvent sous le contrôle et la direction d'un maître, parfois même en l'absence de celui-ci, en dehors de l'existence de tout lien de dépendance ou de subordination. Les rapports des hommes s'intègrent dans un ordre collectif qui change la physionomie de notre droit privé.

Des valeurs juridiques nouvelles se dégagent, dont l'importance est telle qu'aucun problème ne peut être apprécié si ce n'est en fonction de ce renversement (3). Il en est ainsi de la notion de salaire, comme de bien d'autres institutions.

Le droit des obligations, fondé sur le pouvoir individuel de contrainte dévolu à un homme, voit naître à côté de lui un droit nouveau, social,

(1) Durand et Vitu, *Traité de Droit du Travail*. Tome II, page 707.

(2) Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*. N° 255, p. 229.

(3) Ed. Bertrand, *De l'ordre économique à l'ordre collectif*. Etudes Ripert. Tome I. pp. 160 et suivantes.

qui, loin de dresser les individus les uns contre les autres, tisse entre eux des liens de solidarité. L'idée des Assurances sociales, plus encore celle de la Sécurité sociale ont fait de l'individu un créancier de la collectivité qui lui assure tout ou partie de sa subsistance en dehors des règles du droit privé ; une vaste opération de « redistribution des revenus » en est l'aboutissement. Il y a lieu de s'interroger cependant pour savoir si cette notion n'est pas dépourvue d'équivoque ; si, loin de réaliser une redistribution des revenus d'un groupe social à l'autre, elle ne réalise qu'une correction des inégalités à l'intérieur d'une classe sociale (4).

Dans un régime d'appropriation privée des biens (5), toute tentative de collectiviser les besoins se heurte à une réaction des groupes sociaux dont les intérêts sont antagonistes (6). La difficulté de « canaliser » les mécanismes économiques met en lumière certains phénomènes d'incidence qui transforment les données juridiques : les prestations familiales et les substituts du salaire ne sont plus une « manne » de la collectivité. Ils apparaissent comme une forme nouvelle de rémunération que le professeur Durand a groupé sous la dénomination de « salaire social » (7). Cette nouvelle catégorie juridique de revenus présente des traits originaux : ceux-ci apparaissent au moment même où le salarié est dans l'impossibilité d'accomplir sa prestation de travail. Cependant la théorie juridique du salaire reste attachée au contrat de travail. Le problème de sa refonte se pose-t-il ?

Un tel remaniement n'est-il pas prématuré ? En vérité, il s'avère indispensable, si l'on veut clarifier les concepts juridiques et leur conférer une valeur scientifique.

Il s'agit non d'un choix entre deux idées : salaire individuel ou salaire social, mais de leur coexistence ; la notion de rémunération a acquis un contenu dualiste. Pour partie, elle trouve sa cause dans le travail individuel. Le « surplus », le « salaire socialisé », est-il encore un salaire ? (8). L'affirmative suppose la recherche de son fondement et de ses caractères généraux. Elle oblige à une nouvelle exploration de cette « terre inconnue » qu'est la Sécurité Sociale (9). Un aspect inattendu de cette nouvelle voie sera de marquer combien le travail humain, traduisant la force intellectuelle et physique de l'homme, est trop intimement lié à sa personnalité pour compter dans son patrimoine (10). Le Droit romain a curieusement isolé la personne humaine de son travail,

(4) P. Durand, *La politique contemporaine de la S.S.*, p. 614.

(5) J. Lajugie, *La Sécurité Sociale*, p. 129.

(6) Mario Dèveali, *Les réactions du monde du travail devant l'application effective des lois sociales*. Droit social 1949, p. 103.

(7) P. Durand, *Rémunération du travail et socialisation du Droit*. Droit social 1942, p. 83.

(8) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, n° 113, p. 284.

(9) P. Durand, *Exploration d'une terre inconnue : La Sécurité Sociale*. Droit social 1949, p. 201.

(10) R. Savatier, *Essai d'une présentation des biens incorporels*, R.T. Dt civil 1958, p. 340.

en faisant de celui-ci l'objet d'une créance. Le Droit moderne en affirmant que, de tous les biens incorporels, il est le plus intimement attaché à l'homme (11), en fait l'exercice d'un attribut de la personnalité. Toute la législation sociale témoigne comment, même en devenant l'objet d'une créance, le travail ne rompt pas ses attaches à la personne du travailleur (12).

(11) Bartoli, *Science Economique du travail*, pp. 39 et suivantes.

(12) Savatier, *op. cit.*

SOUS-TITRE I

LA GENESE DE LA CONCEPTION DUALISTE DE LA NOTION DE SALAIRE

« Il n'y a jamais de révolution absolue, dit M. Vedel, toute révolution est à la fois une rupture avec la tradition et une utilisation de cette tradition (1). La Société actuelle contient ainsi des germes d'évolution qui perturbent les techniques traditionnelles sans les anéantir. La notion de salaire est parmi elles l'exemple le plus frappant ; la diversité des lois du travail, la multiplication des formes modernes de rétribution en ont miné l'infrastructure classique. L'étude de la jurisprudence montre que les juristes raisonnent toujours à partir de cette conception ancienne dont il semble difficile de se détacher parce qu'elle représente à leurs yeux une des règles de l'ordre existant. Cependant l'adaptation des règles anciennes à des situations nouvelles, si elle est une forme heureuse de la conservation (2), obscurcit les concepts en voie de gestation en les sclérosant.

Nous avons essayé de montrer combien il est difficile d'accepter une telle relativité dans le domaine de la rémunération sans aboutir à un chaos illogique et irrationnel. Le monde juridique n'est pas une construction abstraite ; il est soumis à de puissantes forces sociales, qui, combinées au jeu des mécanismes économiques, en modifient la structure. L'action concertée de ces facteurs n'est-elle pas à l'origine d'un nouveau concept : le salaire social qui se crée par la force des choses dans ce nouvel ordre collectif ?

(1) Vedel, *Droit constitutionnel* 1949, p. 51.

(2) G. Ripert, *op. cit.*, p. 5, n° 2.

CHAPITRE I

LA DYNAMIQUE DE LA REALITE ECONOMIQUE ET SOCIALE

Tout exposé juridique n'est-il pas, en effet, incomplet sans l'indispensable sociologie juridique (1) ? A ce prix, le Droit abandonne son « statisme » pour devenir une véritable science humaine étudiant le comportement des sujets face à la règle de droit. Le développement de la législation sociale ne peut s'expliquer si l'on n'élargit pas notre champ d'observation aux mobiles qui l'ont inspiré et à l'attitude des groupes sociaux devant son application effective.

SECTION I

LES MOBILES DE LA POLITIQUE SOCIALE

Dans le cadre de la présente étude dont les limites ont été définies dans l'introduction, notre ambition consiste simplement à dégager les facteurs essentiels qui commandent la sociologie du salaire et dont l'influence en a favorisé l'évolution. Il ne sera donc pas question de décrire dans le détail toutes les mesures sociales intervenues dans ce domaine mais beaucoup plus de tenter une recherche scientifique en nous efforçant, au préalable, de comprendre quelles sont les causes profondes qui les ont motivées pour mieux pénétrer la signification des transformations qu'elles ont engendré. Sous cette optique il est possible donc de remarquer que deux ordres de préoccupations sont à l'origine de l'idéologie qui amène l'éclosion des nouvelles règles juridiques assurant la sécurité du gain : les unes se rattachent à des considérations humanitaires et sociologiques, les autres procèdent de soucis économiques foncièrement égoïstes. Cette curieuse contradiction interne a pour aboutissement la correction de l'injuste inégalité sociale, en réalisant l'ascension du travailleur et la redistribution des revenus.

(1) P. Durand, *L'influence du droit du travail et de la Sécurité Sociale sur les formes de l'activité professionnelle*, Dt. Social Mars 1956, p. 145.

A. — L'ASCENSION DU TRAVAILLEUR.

Il s'agit non seulement du travailleur considéré isolément, mais aussi et surtout des membres de sa famille. Celui-ci a pour lui la « force du nombre » mais il fait aussi partie de ceux qui « ont » contre ceux qui « n'ont pas ». Ce sentiment d'infériorité, dans un ordre juridique qui proclame l'égalité devant la loi générale et impersonnelle, explique son désir de révolte. Son indignation est de voir le peu de valeur attribuée à son travail qui est pourtant la première de toutes les richesses.

Il garde l'impression d'être une machine vivante qui se loue sur le marché des biens et dont le loyer est estimé au prix des « aliments » qui lui permettent de renouveler sa force de travail. Sa condition sociale enfin lui apparaît irréversible, non seulement dans le présent mais aussi dans l'avenir. Sa progéniture subira le même statut humiliant.

Loin de le libérer, le travail déshumanise le salarié ; sa vie d'homme commence au moment même où s'arrête son travail, encore faut-il qu'il ait du temps à y consacrer. Sa situation est encore plus précaire, s'il ne parvient pas à monnayer le seul bien patrimonial qui lui reste, sa capacité de travail, soit parce qu'il n'en trouve pas preneur, soit parce qu'elle se trouve amoindrie ou anéantie. Il devient un « assisté » à la charge de l'Etat avec tous les inconvénients moraux qu'une telle situation comporte. La terminologie est évocatrice : c'est un « économiquement faible ». Toute la législation du travail s'explique aujourd'hui par cette nécessité d'assurer la reconquête de l'homme. Au nom du respect de la dignité humaine, on a valorisé le travail, qui a obtenu le droit de cité à côté de la fortune acquise. Toutes les dispositions relatives à la réduction de la durée du travail, à l'hygiène et à la sécurité, au repos hebdomadaire ou annuel, à la sécurité de l'emploi, au droit d'association collective et de représentation au sein de l'entreprise, témoignent de cette ascension du travailleur dans l'échelle sociale, afin que lui soit restituée une personnalité qu'il avait perdue.

Le développement du machinisme et des techniques modernes est replacé dans son contexte historique destiné à assurer la relève de l'homme (2). Ainsi s'illustre cette distinction substantielle entre les services d'une machine, qui sont du domaine des biens corporels et le travail humain, bien extra-patrimonial chez son maître naturel et exerce d'un attribut de sa personnalité.

Cependant l'exigence économique commande, elle aussi, ce progrès humain. La rentabilité des entreprises en est l'enjeu. L'intérêt de l'employeur n'est-il pas de s'assurer une main-d'œuvre stable, saine et fidèle ? En ménageant la santé du travailleur on lui permet de reconstituer ses forces et d'améliorer sa capacité de production : tout calcul égoïste n'est donc pas absent de cette « humanité ». La réduction du temps de travail, le droit aux loisirs, font figure de moyens de lutte

(2) Lyon-Caen, *Manuel Dt Travail*, p. 256.

contre le chômage en répartissant entre un plus grand nombre d'individus les emplois disponibles.

À la stabilité de l'emploi se rattache la sécurité de la rémunération. Celle-ci, comme toute créance alimentaire, se place sous l'angle des besoins vitaux de la personne du créancier. À la frontière du patrimoine, c'est un accessoire des droits de sa personnalité (3). Pour en assurer la garantie, l'assistance est rejetée par le travailleur, parce qu'elle lui semble une charité et qu'il revendique des droits. La législation des accidents du travail, des allocations familiales et des assurances sociales permet en partie de réaliser cet objectif, en lui donnant la sécurité de la vie devant les risques de l'existence. Le travailleur réalise une nouvelle ascension dans l'échelle humaine. C'est la reconnaissance des droits sociaux inscrits dans la Constitution et proclamés par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, complément des droits et libertés individuelles. On admet que l'homme puisse être créancier de la société (4). Le fondement de cette nouvelle créance d'une nature spéciale est à définir. Le droit subjectif, signe d'inégalité, ne peut expliquer un droit qui appartient à tous (5). Il faut examiner les techniques qui en assurent la mise en œuvre.

B. — LA REDISTRIBUTION DES REVENUS.

Celle-ci représente à la fois, en vérité, une technique et une idée force. Dans un cas comme dans l'autre, on retrouve cette double exigence humaine et économique qui gouverne tout le droit social et qu'il est difficile de dissocier. Idéologie très lointaine, elle apparaît douée d'une singulière puissance ; M. Wagner (6) s'exprime déjà ainsi en 1887 : « L'Etat doit relever les classes inférieures laborieuses aux frais des classes supérieures possédantes et enrayer volontairement l'accumulation immodérée des richesses dans certaines couches et chez certains membres de la classe possédante ». Formule généreuse qui demande à ceux qui sont dans l'abondance de renoncer à une partie de leur superflu pour que la misère s'atténue. Elle trouve sa première expression dans la politique des Assurances sociales, instituée par Bismarck à la même époque, tout en restant marquée d'un profond conservatisme social. Malgré son originalité, l'assurance sociale reste l'héritière de l'assurance privée. Son objet se propose d'indemniser les victimes frappées d'un mauvais sort, en répartissant les risques sur la collectivité des assujettis. La redistribution des revenus reste « cloisonnée », sans dynamisme au sein des salariés : on dilue l'état des besoins.

Toute autre apparaît la politique moderne de la Sécurité sociale dont l'ambition suprême est la modification de la structure sociale par un transfert qui s'opère des individus ou des groupes sociaux favorisés

(3) Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*. R. T. Dt Civil 1958, p. 340.

(4) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 299.

(5) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 292.

(6) P. Durand, *Politique contemporaine de la Sécurité Sociale*, p. 57.

par la naissance, la fortune, la réussite matérielle, à ceux qui se trouvent dans le besoin, en vue de remédier aux inégalités entre individus et entre classes sociales (7). Par son contenu idyllique, une telle conception ne fait-elle pas figure de mythe ? L'idée de redistribution des revenus trouve pourtant son fondement dans les théories d'un économiste britannique, Lord Keynes (8), dont les idées furent reprises par Lord Beveridge dans son rapport « Du travail pour tous dans une société libre ».

1) *Le calcul purement économique dans la théorie keynésienne.*

J.-M. Keynes ouvre une ère nouvelle à la pensée économique en s'inscrivant en faux contre les conceptions classiques exprimées par la formule de J.-B. Say : « les produits s'échangent contre les produits ». Il admet l'économie capitaliste livrée à elle-même et minée par un sous-emploi chronique qui trouve sa cause dans une insuffisance de la demande globale. Pour accroître celle-ci la hausse des salaires ne lui apparaît pas comme un remède. Deux moyens notamment peuvent être envisagés : d'une part l'augmentation des investissements publics, d'autre part l'augmentation indirecte de la consommation par des subventions ou des réductions d'impôts en faveur des prix des objets de consommation. Au fond, c'est une explication du chômage qui ne met pas en cause les fondements même du système économique britannique. Au-delà, le problème des crises cycliques de surproduction est posé. Celles-ci ne présentent plus ce caractère inéluctable que leur a conféré Karl Marx dans son ouvrage : « le Capital ». Ces phénomènes de déséquilibres peuvent être « conjurés » à condition d'agir sur eux par des moyens appropriés.

Keynes part de la constatation que tout revenu distribué est utilisé, soit en vue de la consommation, soit en vue de l'épargne. Seule la fraction consommée, qui n'est pas mise de côté, entraîne une demande d'objets quelconques et favorise la production. Il faut donc « éponger » les « liquidités » stériles en favorisant une politique d'investissements privés par une baisse du loyer de l'argent et une politique d'investissements publics non rentables entreprise par l'Etat. Lorsqu'on procède à des investissements on réalise une distribution de revenus, sans production d'objets de consommation correspondante, laquelle vient cependant accroître la demande globale et rétablir l'équilibre entre la production et la consommation.

La politique ainsi préconisée suppose une intervention très étendue de l'Etat dans l'activité économique, en vue de modifier le comportement des individus : Keynes propose à ce point de vue un transfert de revenus des éléments de la population qui épargnent vers ceux qui consomment, à travers le circuit des investissements. Son analyse le conduit à justifier les travaux publics non rentables et même les travaux parfaitement

(7) P. Durand, *Les équivoques de la redistribution du revenu par la Sécurité Sociale*. Dt Social 1953, pp. 292 et 293.

(8) *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*. Traité de la monnaie.

inutiles du point de vue économique, comme les dépenses d'armement par exemple. C'est la principale objection que l'on peut faire du point de sa valeur à la théorie keynésienne. Aussi, partant des mêmes conceptions, Lord Beveridge apporte une contribution nouvelle en proposant que les dépenses qui seront faites par l'Etat, en vue de réaliser le plein emploi, même si elles ne font pas concurrence aux entreprises capitalistes, soient des dépenses socialement utiles. Ce faisant, il colore de buts humanitaires le calcul purement économique de Keynes.

2) *Le contenu humain de la redistribution des revenus chez Beveridge.*

Le budget de l'Etat est l'élément dynamique qui va réaliser cette distribution. Il aura pour objet, soit par l'augmentation des impôts directs, soit par l'emprunt, de diriger vers les caisses publiques l'épargne thésaurisée et improductive. Celle-ci sera utilisée, selon un plan d'ensemble, pour financer les investissements publics, ce qui permettra de distribuer aux chômeurs des revenus destinés à la consommation.

Ces investissements seront orientés vers des secteurs utiles à la nation ; l'Etat fera la guerre aux « quatre géants », représentés par les fléaux sociaux que sont la maladie, la saleté, l'ignorance et le besoin. Beveridge propose la construction d'hôpitaux et d'écoles, une politique d'urbanisme très généreuse en vue de transformer les conditions matérielles de vie des individus et des familles, l'amélioration de l'alimentation.

Il ne suffit pas de fournir à tous les citoyens, et à tous moments, un travail productif et rémunérateur. Le développement des techniques, les phases de reconversion sont génératrices d'un chômage « frictionnel » inévitable à certaines époques. La politique de prévention des maladies ou des accidents la plus largement conçue, ne peut supprimer totalement la survenance des risques sociaux. Les charges de famille sont une cause de diminution du niveau de vie familial. Pour prévenir l'état de besoin, né de l'insuffisance ou de l'absence de ressources, le budget de l'Etat distribuera des revenus suffisants aux personnes qui en sont dépourvues, par le canal de l'assurance sociale et des allocations familiales (9).

Le système de la Sécurité sociale doit atténuer le plus possible les déperditions de revenus qui peuvent résulter des fluctuations de l'économie, c'est-à-dire limiter les chutes de revenu nées du chômage, de la maladie, de la vieillesse, en assurant un flot de dépenses sociales, indépendant du niveau des activités économiques. A ce prix seulement la stabilité de la demande globale est assurée.

Ce fonds commun, alimenté de préférence par l'impôt direct qui peut atteindre les revenus les plus importants où se forme l'épargne, permettra une répartition basée sur les besoins sans tenir compte de l'apport de chacun et assurera l'équilibre économique en portant simultanément remède aux misères les plus criantes. Ce transfert de revenus, cette mutation qualitative de liquidités non « utilisées » en ressources destinées exclusivement à la consommation, est le but fondamental de toute la politique de la Sécurité sociale. Politique à causalité économique

(9) P. Durand, *La Politique contemporaine de la S.S.*, p. 108.

et à finalité sociale, elle devient un puissant levier d'égalisation de la condition sociale, substituant à une « Société où contraste l'extrême richesse et l'extrême pauvreté, l'harmonie sociale qu'appellent la raison et la morale et qui permet à tous les hommes de vivre dans la dignité avec des chances égales » (10).

Ce courant de pensée inspire directement le Plan français de la Sécurité sociale de 1945, qui tente la réalisation de cette redistribution des revenus à travers l'unification des institutions existant en matière de protection sociale, et l'abandon de la technique de la capitalisation, propre à l'assurance privée au profit de celle de la répartition pure ; celle-ci est dépourvue de toute conception individualiste et plus apte à une collectivisation des besoins.

Cependant le monde social soumis à la loi n'est pas celui de la matière ; il est peuplé d'êtres libres dont le législateur n'a pas toujours la sagesse de prévoir les réactions et dont le comportement devant la loi est d'ailleurs parfois imprévisible (11). En demandant aux favorisés de l'existence un sacrifice en faveur des plus humbles (12), les textes relatifs à l'organisation du régime de Sécurité sociale dérogent aux principes classiques de complète généralité de la loi par l'établissement de distinctions entre les groupes sociaux. D'amples réactions, naturelles chez les membres des groupes les moins avantagés, ne pouvaient manquer de se dessiner en vue d'infléchir le sens de la loi et retirer au système toute l'ambition à signification politique qu'en espéraient ses promoteurs.

SECTION II

LES REACTIONS DES GROUPES SOCIAUX FACE A LA LEGISLATION SOCIALE

Cette recherche est des plus passionnantes, mais aussi des plus délicates, car l'adhésion des uns comme l'opposition des autres se forment dans la confusion. Elle marque combien le Droit social est dynamique par les conflits d'intérêts qu'il suscite. L'état présent des structures démontre la primauté de l'Economie sur le Social, dans la lutte que se livrent les hommes, derrière les arguments juridiques. Toute réforme qui améliore d'une manière ou d'une autre la condition ouvrière se présente au chef d'entreprise comme une charge coûteuse et à l'Etat comme une source possible de déficit budgétaire (13). La suppression des contraintes que la nécessité fait peser sur les individus, suppose la mise en vigueur, à l'égard d'autres individus, de disciplines dont l'ac-

(10) P. Laroque, *Réflexions sur le problème social*, p. 140.

(11) P. Durand, *L'influence du droit du travail et de la SS. sur les formes de l'activité professionnelle*, Dt Social, mars 1956, p. 145.

(12) P. Durand, *Equivoques...* Dt Social, mai 1953, p. 293.

(13) Lyon-Caen, *Op. cit.*, p. 31.

ception paraît difficile ; le progrès des psychologies n'est pas aussi accéléré que celui des techniques et les mécaniques économiques dominent toujours la répartition des revenus qui reste marquée du sceau de l'inégalité.

La redistribution des revenus est-elle une fiction sous un « régime d'appropriation privée des biens » ? Si oui, c'est que le problème a été mal posé. Si l'aspect juridique ne concorde pas avec la réalité économique, il faut repenser les concepts juridiques sur des données nouvelles.

A. — LA POSITION DIVERSIFIÉE DES SALARIÉS.

La masse des salariés était déjà restée sinon hostile du moins indifférente, lorsque furent débattus, puis promulgués, les premiers textes relatifs d'abord aux assurances sociales, puis aux allocations familiales au cours des années 1920 à 1932. Quoiqu'atténués, les mêmes critiques, les mêmes mobiles furent soulevés à propos de la Sécurité sociale, car celle-ci avait été conçue comme une institution propre aux travailleurs, gérée par les intéressés eux-mêmes dont le rôle dirigeant dans la Nation était pris en considération par les pouvoirs publics. Certes, cette ascension à une démocratie sociale devait être de nature à lever les hésitations qui pouvaient se faire jour. Certains doutes subsistaient cependant dans certaines fractions ouvrières, accentués d'un côté par la persistance d'un paternalisme encore trop marqué et de l'autre par les idéologies multiples qui divisaient le monde ouvrier sur les moyens susceptibles de permettre l'émancipation des travailleurs.

Ces deux facteurs expliquent l'attitude contradictoire et les hésitations des travailleurs à approuver une législation sociale qu'ils désiraient peut-être, mais qu'ils redoutaient parce qu'elle était voulue par la puissance publique dont ils se méfiaient par instinct.

1) *Le rejet du paternalisme.*

L'Etat, en tant que patron, a le premier instauré en France la pratique des allocations familiales pour charges de famille au profit des inscrits maritimes. D'autres institutions de solidarité, pour couvrir le risque « maladie » ou le risque « vieillesse », ont vu le jour chez les mineurs ou chez les cheminots. Elles ont aussi inspiré certains patrons « privés », qui, dans le cadre d'une industrie ou d'un établissement avaient créé des organismes similaires à la fin du siècle dernier. Ces œuvres, fondées sur la générosité, ont, aux yeux des ouvriers le défaut d'entraver la liberté de leurs mouvements et d'affaiblir la volonté d'émancipation de la classe des travailleurs. Les salariés luttent pour la compréhension de leur existence en tant que classe sociale et tendent à s'associer en groupements d'entraide mutuelle pour se garantir contre les risques physiques et économiques qui les menacent tous (14).

(14) Cahiers français d'information, 1^{er} déc. 1946, n° 73, p. 5.

Aussi, les syndicats ouvriers se sont-ils montrés hostiles, dès le début, aux allocations familiales, les modalités de la gestion étant marquées d'un ton paternaliste qui leur déplaisait. En outre, ils estiment que les employeurs ne sont pas soucieux uniquement de préoccupations sociales : l'octroi d'indemnités complémentaires aux chargés de famille leur apparaît comme un moyen d'éviter une hausse générale des salaires, grâce à un réajustement au profit de cette seule catégorie. L'empressement des employeurs à adhérer aux Caisses de compensation n'en est-il pas une preuve ? La compensation devient une véritable « rationalisation du salaire » aboutissant finalement à une économie globale. A cela s'ajoute le désir de freiner la conjoncture d'inflation et de hausse généralisée de l'époque et celui de créer une main-d'œuvre excédentaire pour faire pression sur le marché du travail (15).

Dans le domaine des assurances sociales, on redoute également toute intervention de l'Etat, que l'on suspecte de manquer de « neutralité ». L'échec de la loi du 5 avril 1910, première tentative d'une « généralisation » de la prévoyance obligatoire, était présent dans tous les esprits. Les travaux préparatoires de la loi du 5 avril 1928, témoignent de l'âpre lutte que se livrent les partisans de la liberté et les tenants d'une organisation purement étatique des Assurances sociales. Les syndicats ouvriers rejettent surtout le principe de la contribution ouvrière. Cette affectation d'une partie du salaire leur donne le sentiment d'une « frustration » par l'amputation d'une rémunération déjà réduite. Le principe de la capitalisation soulève l'objection d'aboutir à conférer à l'Etat, pour une autre destination peut-être, les fonds ainsi recueillis (16). Les milieux catholiques, eux, sont, en principe, hostiles au système qu'ils estiment contraire à l'esprit de libre charité chrétienne : ils ne l'acceptent qu'à la condition de lui conserver un caractère professionnel, sauvegarde contre une « laïcisation » intégrale.

Ainsi les leçons de l'expérience amènent les promoteurs du Plan français de Sécurité sociale, à la Libération, à abandonner la conception étatique qui avait prévalu dans certains pays étrangers (l'Angleterre par

(15) Jacques Cellard, *Réflexions sur la compensation des charges familiales. Informations sociales* ; 15 fév. 1951, n° 4, p. 217.

(16) Nous lisons dans *la Vie Syndicale*, Bulletin mensuel de la C.G.T.U. de novembre 1923, n° 10, pp. 406 et 410 : « Hors du versement ouvrier, le bourgeois libéral Grinda ne peut concevoir les Assurances sociales ! ... mais le salarié, qui fait déjà des sacrifices de toutes sortes... se voit dans l'impossibilité de continuer à aggraver son sort et celui de sa famille, en prélevant sur son salaire... la C.G.T.U. ne saurait accepter ce versement qu'elle combattait si âprement jadis. »

« La loi perpétue le système du versement ouvrier, doublé du versement patronal, ce qui fait, qu'en fin de compte c'est l'ouvrier qui fera les frais des deux versements, le patron, pour récupérer les siens, ayant toujours la possibilité de baisser d'autant les salaires ou d'augmenter d'autant ses prix de vente, et même les deux à la fois. »

La C.G.T. estime, au contraire, que sans la contribution ouvrière, « l'assurance ne serait qu'une assistance déguisée sous le masque d'une philanthropie faite, soit par l'Etat ou le patronat, sur le dos et au compte des travailleurs ».

La C.G.T.U. proposait un système basé sur les versements des communes et de l'Etat, et dont la récupération et la répartition pourraient s'effectuer dans le roulement des budgets annuels.

exemple) : la gestion de l'institution est confiée aux intéressés eux-mêmes, par l'intermédiaire de leurs représentants élus. Cette solution explique l'appui presque unanime des milieux ouvriers à la réforme entreprise ; l'idée même de redistribution des revenus, qui en était le fondement et l'objet, ne peut manquer de soulever des échos favorables puisqu'elle répond aux critiques faite à la législation antérieure : la solidarité déborde le cadre professionnel ; elle n'est plus enfermée dans les limites d'une classe sociale ; en devenant le fait de la collectivité toute entière, elle ouvre des perspectives d'émancipation, annonce l'avènement d'une liberté réelle succédant à la liberté formelle.

Cette unanimité cache, en vérité, des divergences profondes, les opinions des syndicats n'étant pas identiques quant au fond, puisque les conceptions idéologiques qui partagent le monde ouvrier assignent des buts différents à la « redistribution des revenus ».

2) *Les objectifs variables des centrales syndicales.*

Ils traduisent, sur le plan de la législation sociale, les vues d'avenir de chaque formation quant aux transformations de structure. Les unes voient dans la Sécurité sociale un puissant levier susceptible de bouleverser l'ordre social établi ; les autres, plus sceptiques, l'apprécient comme une limite apportée au libre jeu économique existant, concession précaire aux principes d'un tel régime, toujours en passe d'être remis en cause au gré des fluctuations politiques. Ces dissensions doctrinales ne marquent-elles pas combien la conciliation des inconciliables (17) est difficile, ainsi que la place exacte des demi-mesures dans la voie de la socialisation des besoins ?

a) *La disparition du salariat.*

L'un des objectifs d'une certaine partie du monde du travail, à ses yeux, seul capable de transformer la condition ouvrière, c'est la disparition du salariat. Toutes les lois sociales, bien que nécessaires et utiles, ne sont pas des mesures « socialistes » (18). Redistribuer les revenus est un mythe dans une « société libre » dominée par la loi du profit. Les cotisations versées aux organismes de Sécurité sociale sont prélevées sur les salaires ou payées par les entreprises. Ceci n'est pourtant que l'apparence. Le système de financement actuel aboutit à l'inclusion de ces éléments dans les prix de revient et les profits ne sont en aucune façon amoindris. Une véritable redistribution suppose, sur les bénéfices des entreprises, des prélèvements qui alimenteraient le « fonds commun » destiné à venir en aide à ceux dont les moyens d'existence sont insuffisants ou inexistants. Les mécanismes de la Sécurité sociale ne portent aucune atteinte aux règles du profit. Leur existence est même nocive, car en donnant aux salariés l'impression que quelque chose est fait pour eux, ces derniers sont détournés de l'objectif final. Au lieu d'allouer

(17) Lajugie, *La Sécurité Sociale*, p. 129.

(18) Lyon-Caen, *Op. cit.*, p. 16.

au travailleur la totalité du salaire auquel lui donne droit sa prestation de travail, une partie est déduite à chaque paie et « collectivisée » dans le circuit de la Sécurité sociale pour être attribuée ultérieurement en cas de nécessité. Le travailleur n'a plus la libre disposition de son plein « salaire » ; il est contraint d'en économiser une partie, l'Etat lui assurant la sécurité par l'« épargne » obligatoire et forcée qu'il lui impose : une nouvelle « tutelle » fait place à l'ancienne, plus douce, plus acceptable, mais plus occulte et dangereuse. Les terminologies juridiques, les expressions, tout concourt à masquer la réalité : le financement des prestations de Sécurité sociale n'est-il pas assuré par des cotisations dites « patronales » dans une proportion d'environ 85 % ? Ce courant idéologique voit en fait ses arguments confirmés par la réalité économique. Il est l'héritier de la tendance révolutionnaire de la C.G.T. qui affirmait déjà que « seul un système assurant la récupération des sommes nécessaires au budget des Assurances sociales, sur la fortune acquise, par une majoration de l'impôt sur les capitaux, peut donner à l'assurance son véritable caractère social, par l'effort de solidarité qu'il imposera aux puissants au profit des faibles » (19).

b) *L'amélioration de la condition ouvrière.*

A cette tendance s'oppose encore aujourd'hui celle qui croit à la possibilité d'accéder au socialisme par la voie des réformes (20). Si la redistribution des revenus par la Sécurité sociale reste partielle et limitée à la catégorie sociale des salariés, elle représente un progrès certain dans la voie de l'égalisation des ressources de chacun. Il faut dire aussi que la classe ouvrière espère que l'Etat, parallèlement à la « rationalisation » du salaire, réalisera la planification de l'économie dans le domaine des prix. Un des moyens de cette planification réside dans la nationalisation des industries-clés du pays. Mais la socialisation des moyens de production est restée inachevée : l'économie continue à reposer sur la propriété privée ; le problème de la rentabilité des entreprises capitalistes n'a pas modifié les conditions dans lesquelles se forment les salaires et les prix.

Pourtant, la Sécurité sociale n'a pas cessé d'exister ; comme toute œuvre humaine, elle demeure perfectible. Ne représente-t-elle pas un exemple parmi d'autres de gestion « collective » ? Certes, les espoirs qu'elle a soulevés n'ont pas toujours été confirmés. Comment, cependant, ne pas reconnaître son immense apport à l'amélioration des conditions d'existence des travailleurs ? Son unification n'est pas terminée : dans ce domaine il y a eu régression. Cela est dû à deux causes : les salariés ont recherché dans les formes anciennes une protection plus complète ; le cadre des conventions collectives a servi d'instrument approprié ; certains particularismes de l'institution, déjà marquée à son origine par la persistance des régimes spéciaux, se sont ainsi accentués. Les mouvements familiaux ont cherché à obtenir l'autonomie des Caisses d'Allo-

(19) *La Vie Syndicale*, nov. 1923, n° 10, p. 443.

(20) Lyon-Caen, *Droit du travail*, p. 18.

cations familiales, qui leur fut accordée par le législateur (21) : cette attitude semble avoir été dictée par la crainte de voir les intérêts de la famille sacrifiés au profit des malades ou des vieillards. Là encore, la dispersion des efforts loin de les empêcher a, en revanche, facilité les mutations de ressources affectées aux enfants, vers les autres membres de la population. A une redistribution globale de certaines catégories sociales vers d'autres, a fait place une multitude de redistributions « cloisonnées » des salariés actifs vers les malades, des célibataires vers les chargés de famille. La notion originaire s'est trouvée vidée de son contenu unitaire. L'attitude patronale envers la nouvelle législation sociale n'est nullement étrangère à une telle évolution qu'elle a suscitée et développée.

B. — L'ÉVOLUTION DE L'ATTITUDE PATRONALE.

Il est inexact de penser que toute loi du travail soulève d'emblée une hostilité au sein des groupements patronaux. La réactivité de ces derniers est plus ou moins sensibilisée, selon que les restrictions imposées par la nouvelle loi peuvent être plus ou moins facilement réduites ou éliminées.

Ces phénomènes ont été décrits par le professeur Mario Devéali dans un ouvrage intitulé : « Lineamentos de derecho del trabajo » (22), où il dégage les idées maîtresses du Droit du Travail. Lorsque des obligations jugées excessives sont édictées à l'encontre des entreprises, celles-ci s'efforcent d'y échapper. Ou bien elles contournent l'obstacle par une opération de « déplacement » : si un sursalaire familial doit être versé aux ouvriers chargés de famille, ceux-ci se verront écartés au profit des célibataires sur le marché du travail. Ou bien leur opposition n'est plus apparente, mais cachée ; les charges nouvelles qui leur sont imposées subissent un transfert dont le poids repose sur les catégories sociales que la loi avait précisément voulu protéger. Cette « translation » se combine fréquemment avec un phénomène d'« évasion », véritable fraude à la loi, qui se résume en un inaccomplissement pur et simple, partiel ou soigneusement caché, de l'obligation. La science fiscale étudie les causes et les caractères de ces réactions incidentes. Le Droit social n'y est pas indifférent, car son objet, sa finalité, s'en trouvent parfois modifiés dans un sens radicalement opposé, au point que les lois sociales risquent, quant à leurs effets, de devenir inopérantes. Ces incertitudes expliquent l'attitude des chefs d'entreprise, tantôt favorable, tantôt défavorable aux dispositions législatives qui envisagent l'octroi de certains avantages aux salariés.

(21) Loi du 21 février 1949.

(22) *Tipografica Editoria Argentina. Buenos Ayres* ; 1948, Cf. Droit Social 1949, p. 103.

1) *L'appui des groupements patronaux aux premières législations d'Assurances sociales et d'Allocations Familiales.*

Celles-ci sont d'abord l'objet d'une vive hostilité de la part des employeurs, le principe de l'obligation portant atteinte aux vieilles règles du libéralisme auxquelles ils restent fidèles. L'entreprise est à leurs yeux le foyer affectif de leurs ouvriers qui peuvent y trouver la protection sociale qu'ils espèrent sous le manteau de l'autorité patronale. De nombreux employeurs n'hésitent pas à créer personnellement des œuvres sociales dans le cadre de l'industrie ou de la profession, versant eux-mêmes « les prestations prévues à leurs ouvriers et à leurs familles ». Ils se rallient pourtant, dans leur immense majorité, à la réforme entreprise, dès lors que la possibilité leur est offerte de constituer des Caisses d'Assurances sociales. Pour la même raison les Caisses de compensation d'Allocations familiales à gestion patronale, se multiplient. Le rôle social de l'employeur demeure apparent. Sa fonction « tutélaire » n'étant pas mise en échec, l'essentiel est sauvegardé. Certes, le nouveau système comporte pour l'entreprise des incidences financières en raison des charges de cotisations, mais en contrepartie les avantages ne sont pas négligeables dans l'ordre économique et social.

D'abord, il représente un facteur de paix sociale. En permettant de venir en aide aux malades et aux ouvriers âgés, les assurances sociales portent remède aux misères les plus criantes, aux injustices les plus flagrantes qui se font sentir dans les couches les plus défavorisées, celles des salariés les moins rétribués qui ne peuvent réaliser aucun effort de prévoyance individuelle. On détourne ainsi de l'action revendicative les éléments les plus sensibles à la propagande syndicale ; le sursalaire familial, de son côté, compense l'insuffisance de la rémunération individuelle, il permet de faire un choix et de donner satisfaction aux cas socialement dignes d'intérêt, tout en écartant une hausse générale des salaires. La période de crise économique permanente, avec ses hauts et ses bas, qui domine l'économie française pendant la période de l'entre-deux guerres, commande ces solutions de sagesse. Ces demi-mesures s'apparentent à une soupape de sûreté indispensable pour éviter une explosion sociale dont les conséquences peuvent être encore plus coûteuses.

Ces mobiles économiques expliquent donc l'attitude patronale. La compensation des charges familiales rétablit également l'équilibre dans les lois de la concurrence en évitant aux entreprises d'écarter la main-d'œuvre des pères de famille qui représente un élément de stabilité, ayant l'expérience du métier et une qualification éprouvée. L'aide pécuniaire apportée à la main-d'œuvre malade, la prévention et la lutte contre la maladie par l'Assurance sociale, constituent des dépenses utiles et rentables en tant que facteur de productivité de l'entreprise. En facilitant la récupération de la force de travail, l'appareil de production retrouve sa pleine capacité. Une meilleure productivité est liée à une meilleure sécurité des salariés, à l'entretien en bon état du capital humain. Un calcul purement égoïste peut être à la base d'une réforme

sociale dont les préoccupations humanitaires sont indéniables. Là encore, les règles de la liberté dans une économie de marché commandent la répartition des risques sociaux sur la collectivité des entreprises en vue d'en alléger le poids par une planification. En laisser la charge à une seule entreprise, c'est créer entre les entreprises des disparités fondées sur des éléments imprévisibles et variables tels que l'état sanitaire de la population, ou la situation dans une région au climat plus favorable.

Ces idées ne gardent-elles pas toute leur valeur à l'avènement de la Sécurité sociale ? Conçue comme un plan d'ensemble unifiant toutes les dispositions jusque là juxtaposées, l'institution exige un effort de solidarité de toute la collectivité ; par son unité elle visait à « rationaliser » les mesures en vigueur, à supprimer les doubles emplois. Cependant, elle a suscité l'hostilité et la résistance des milieux professionnels (23).

2) *La résistance des milieux professionnels à la Sécurité sociale.*

Les réserves du patronat s'expliquent par l'ambition de l'institution dont la finalité était la réalisation d'un transfert de revenus. La Sécurité sociale vise à assurer à tous la garantie d'avoir de quoi vivre dans des conditions décentes quelles que soient les circonstances. Un tel objectif suppose la généralisation de l'institution, financièrement, techniquement et socialement (24). On ne peut parler de redistribution des revenus si celle-ci n'englobe pas la totalité de la population, si les moyens techniques pour assurer la subsistance des éléments involontairement inactifs de la population ne sont pas identiques pour tous les risques, si elle n'a pas pour fondement la solidarité nationale. A cet effet, il faut consentir le prélèvement des sommes nécessaires à un endroit du circuit économique, choisi de telle sorte que le transfert de richesses soit effectif et concoure sans ambiguïté à une égalisation des revenus individuels, compte tenu des charges de chacun (25). Un tel effort de solidarité nationale se fonde sur le principe « de chacun selon ses moyens, à chacun selon ses besoins ». Sa mise en œuvre se heurte à une contradiction dès lors que les bases économiques et sociales de la vie nationale ont pour assises les données concrètes du libéralisme et de l'individualisme qui freinent les transformations psychologiques des individus, nécessaires à l'écatement des vieux cadres juridiques dans lesquels s'expriment les rapports entre les hommes. Cette inadaptation entre les buts et les moyens est au fond la traduction de l'échec d'une véritable redistribution des revenus. La sclérose de la généralisation et de l'unification de la Sécurité sociale semble avoir été voulue par les milieux professionnels pour rendre inopérant le mécanisme économique des transferts. Cette attitude négative a-t-elle des mobiles ?

(23) Rapport de M. André Wallaert, *Bulletin du Conseil National du patronat français*, 5 février 1951, n° 62, p. 2930.

(24) Rapport de M. Pierre Laroque. *Journées d'étude de la S.S.* (16 et 21 mai 1955). *Informations Force Ouvrière*, pp. 10 et suivantes.

(25) M. Clément Michel. *Il faut généraliser la Sécurité sociale*, p. 6. *Documentation Economique et Sociale*, 1955.

a) *Les mobiles de l'hostilité patronale.*

Le climat social et politique dans lequel s'accomplissait la réforme de la Sécurité Sociale était peu propice à la réalisation des transformations profondes souhaitées. Les considérations économiques et psychologiques sont déterminantes dans le comportement des groupes sociaux. Ce cloisonnement, en catégories qui ne se sentent vraiment pas solidaires les unes des autres en face des menaces de l'insécurité, n'est pas de nature à faciliter les rapprochements. L'individualisme qui a fortement imprégné, par ailleurs, notre société contemporaine est un facteur non négligeable.

La redistribution des revenus, en imposant des sacrifices aux éléments les plus favorisés, éveille un écho défavorable chez les employeurs. La sécurité sociale, dans ses principes, représente un élément susceptible d'aboutir à la limitation des profits, partant, de mettre en cause les bases mêmes de l'ordre économique et social libéral. La politique dirigiste instaurée par le gouvernement de l'époque, les premières nationalisations, tout concourt à susciter ces craintes, d'autant plus que la volonté de démocratie sociale active et vivante des promoteurs, en confiant la gestion des institutions à la masse des bénéficiaires, donne à la réforme un sens révolutionnaire dont les employeurs redoutent les conséquences sociales, étant eux-mêmes évincés des caisses d'allocations familiales en tant qu'administrateurs exclusifs. Le risque des accidents du travail cesse d'être géré commercialement par les compagnies privées ; à la notion de responsabilité individuelle se substitue l'idée d'une garantie collective par un « pooling of social risks » (26). Les organisations patronales souhaitent conserver à la gestion du risque un caractère exclusivement patronal, puisque la cotisation doit rester exclusivement à leur charge. La socialisation des risques peut être un exemple trop dangereux en mettant en évidence une gestion sociale moins onéreuse que celle en vigueur ; une comparaison ne lui serait pas favorable.

Ce climat trouve des résonances dans une grande partie des éléments non salariés de la population dont la condition sociale est parfois proche de celle des salariés. Les particularismes sociaux sont un des traits dominants de notre vie nationale. On les rencontre au sein des salariés où les distinctions entre les ouvriers et employés, entre employés et cadres, entre salariés du secteur privé et agents des services publics n'ont pas disparu. Ils sont encore plus profonds chez les non-salariés qui se considèrent comme une classe sociale différente de celle des salariés, jouissant d'un standing social privilégié ; la généralisation de la Sécurité sociale en provoquant leur intégration à un régime commun, leur apparaît comme l'abandon de cette situation autonome, comme une sorte de prolétarianisation qu'ils rejettent, estimant avoir les moyens de « faire leur salut eux-mêmes ». Cette tendance conservatrice est la réaction normale de ceux qui entendent défendre leurs privilèges, ou consolider les situations acquises. Ces facteurs économiques et psychologiques agissent de tout leur poids et aboutissent à l'échec de la généralisation et de l'unification

(26) Mise en commun des risques sociaux.

des institutions de protection sociale. Par là même, l'idée de redistribution des revenus devenait pleine d'équivoques ; tous les mécanismes étaient faussés par la réaction des hommes dont l'individualisme dominait le comportement devant la loi.

b) *L'aspect négatif de l'intervention des milieux professionnels.*

L'action des milieux professionnels fut ainsi néfaste à l'institution naissante. Hostiles à toute égalisation des revenus entre les diverses catégories sociales, les éléments non salariés de la population en freinent l'évolution sur le plan législatif et sur le plan économique.

a) *L'aspect négatif à l'échelon législatif.*

La loi du 22 mai 1946 pose le principe de l'extension à l'ensemble de la population d'une assurance vieillesse financée par une cotisation personnelle à la charge de tous les travailleurs non salariés et calculée en fonction des revenus.

L'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1947 de la nouvelle législation est retardée et la loi n'est finalement pas appliquée devant l'impossibilité d'obtenir l'immatriculation des intéressés et le paiement des cotisations. Les non-salariés réclamaient seulement des organismes autonomes, ce qui leur fut octroyé par la loi du 17 janvier 1948 qui créa des caisses multiples à compétence territoriale ou professionnelle variable, assurant leur propre financement par une cotisation sous forme de capitation.

Un tel système, défavorable pour ceux dont le revenu est faible, n'opère aucune redistribution des revenus à l'intérieur des groupes considérés ; encore moins n'institue-t-il aucune solidarité interprofessionnelle. Les prestations versées étant proportionnelles aux cotisations acquittées, chaque membre s'assure sa propre retraite ; si la technique appliquée est celle de la répartition, en fin de circuit rien ne semble plus la différencier de celle de la capitalisation. En cherchant à faire de l'équipement social un élément de leur puissance, au lieu de se mettre à son service (27), les organisations professionnelles ont fait échec au principe d'unification et accentué les particularismes.

L'échec de la loi du 22 mai 1946 arrête à mi-chemin la généralisation effective ; celle-ci n'est réalisée, dans le domaine, de l'assurance vieillesse comme dans celui des prestations familiales, qu'à travers un cloisonnement en groupes sociaux distincts, rendant illusoire la redistribution des revenus. Ce sont les raisons qui expliquent la faiblesse des prestations vieillesse du régime dit « général » et la nécessité pour les organisations ouvrières de chercher un remède dans les régimes complémentaires qui se sont multipliés au cours de ces dernières années. Ceux-ci améliorent le montant des prestations en espèces allouées, en cas de maladie, d'accident ou de vieillesse, par le régime général, mais encourent le même reproche : la solidarité reste limitée à une base professionnelle

(27) Roland Lebel, *La généralisation de la protection sociale*, p. 30. *Documentation économique et syndicale* 1955.

et n'est pas susceptible d'opérer des transferts. En outre, ces régimes n'existent ou ne peuvent se créer que dans les corporations où l'action syndicale est assez forte pour les imposer. On laisse sans protection efficace les éléments les plus faibles, les « inorganisés ». Des disparités nouvelles, que rien ne semble justifier, apparaissent entre les salariés. L'idée de solidarité s'effrite littéralement devant la désagrégation de l'unité du système : le régime général ne groupe qu'une légère majorité de bénéficiaires par rapport à l'ensemble des régimes dits particuliers ou spéciaux, sans compter les ressortissants des travailleurs indépendants ou employeurs (28). Le système de financement de ce régime général devrait pourtant assurer un transfert de revenus, des entreprises vers les salariés : les cotisations de Sécurité sociale du secteur privé sont payées par les employeurs dans la proportion de 85 %.

En vérité, le jeu normal des mécanismes économiques du capitalisme libéral, favorisé par un financement contributif, aboutit à une redistribution à « rebours ».

β) — *L'aspect négatif sur le plan économique.*

La réaction des milieux professionnels dans l'ordre économique n'est plus apparente, mais cachée. C'est le double phénomène de transfert et d'évasion devant les charges imposées à l'entreprise mis en évidence par de nombreux auteurs contemporains. En l'absence d'une réglementation simultanée des salaires et des prix, les mécanismes économiques impriment à la loi nouvelle une fin distincte de celle désirée sur le plan juridique. Le professeur Durand a étudié les solutions théoriques et concrètes des problèmes de l'incidence (29). Celle-ci suppose le déplacement volontaire de la charge financière du débiteur que la loi a désigné, vers un tiers qui en supporte le poids réel. La technique de financement, consistant en une contribution sur les salaires, facilite les translations et mutations dans l'ordre économique. Si la charge des cotisations dues et payées par le chef d'entreprise est répartie sur les travailleurs en tant que consommateurs, ne faut-il pas en conclure que la charge du patron constitue, en réalité, une partie du plus « grand salaire » qui serait due au travailleur (30) ? La redistribution des revenus entre classes sociales ne se résume-t-elle pas alors en une redistribution pure et simple des revenus de la masse salariale ?

I. — *Le rôle des phénomènes de transfert et d'évasion des cotisations.*

Certes, le jeu compliqué de ces phénomènes ne peut être ramené à la simplicité d'une unique solution (31). Le milieu économique n'est pas homogène : ses réactions sont variables dans le temps, selon l'orientation générale de la conjoncture, en fonction de la situation particulière de chaque entreprise qui peut être prospère ou « marginale », suivant que

(28) Une statistique de 1953 chiffre à 2.210.000 le nombre des bénéficiaires du régime général pour 1.836.000 ceux des régimes spéciaux.

(29) P. Durand, *Politique contemporaine de la S.S.*, pp. 29 et suiv.

(30) Deveali, *Droit social* 1949, pp. 103 et suiv.

(31) P. Durand, *Op. cit.*, p. 305.

L'Etat pratique une politique d'économie dirigée ou d'économie libérale. Ces réserves mises à part, la charge des cotisations de Sécurité sociale est considérée généralement, comme un élément du coût des produits, au même titre que les salaires ; elle est prise en considération pour l'établissement de leur prix de revient par les employeurs, qui n'hésitent pas à l'inclure purement et simplement dans le coût de la main-d'œuvre par une évaluation en pourcentage théorique qui dépasse parfois la valeur réelle des charges, diminuée de surcroît par la règle du « plafond » limitant le montant des cotisations. Indirectement, les cotisations patronales sont incorporées dans les prix et supportées par les consommateurs dont les salariés sont l'élément dominant. Cette incidence évite aux employeurs de prélever en partie les cotisations sur les profits et leur permet de réduire d'autant les salaires du montant des cotisations versées, ce qui apparaîtrait comme une violation par trop flagrante de l'obligation légale imposée aux entreprises. Par l'augmentation des prix, le salaire réel se trouve néanmoins réduit. Cette attitude est classique ; actuellement, les entreprises sont l'objet d'une revendication sociale : la fixation de la durée des congés payés à quatre semaines. Cette mesure équivalant à une augmentation du salaire indirect de 2 %, les milieux patronaux estiment qu'elle ne pourrait être acceptée que sous réserve d'une stabilisation des rétributions directes. Il s'agit là encore d'un phénomène de transfert : le refus d'augmentation des salaires est expliqué par l'accroissement des salaires indirects. Il y a mutation d'une fraction de la rémunération directe en rémunération indirecte.

On peut admettre, néanmoins, que ce transfert des charges de l'entreprise aux travailleurs ne présente pas toujours les mêmes caractères. Cette translation est aisée pour les entreprises de production et de transformation dont les prix sont évalués en coût des facteurs. Elle devient difficile dans le commerce de détail par exemple, où les marges bénéficiaires sont évaluées forfaitairement et les prix fréquemment taxés. Les charges de Sécurité Sociale entraînent alors une réduction des profits et l'entreprise assure sa rentabilité par des phénomènes de déplacement. Elle substitue à une main-d'œuvre qualifiée, une main-d'œuvre sans qualification donc moins onéreuse. Ou bien elle réduit le nombre de ses salariés par des méthodes d'organisation appropriées : l'extension des « self-services » s'explique par ces considérations.

Il existe un domaine où aucun transfert n'est possible : les cotisations patronales dues par les particuliers occupant du personnel domestique sont prélevées exclusivement sur les revenus. Pourquoi ne pas souligner que c'est le seul secteur où le législateur ait prévu des cotisations forfaitaires minimales sans commune mesure avec les pourcentages appliqués dans le commerce et l'industrie ?

La situation des travailleurs indépendants qui sont à la fois cotisants et bénéficiaires paraît identique, puisqu'ils acquittent des cotisations proportionnelles à leurs revenus. Ainsi dans le cadre de l'assurance vieillesse, il ne s'opère aucune redistribution des revenus ; en revanche, ce phénomène de transfert se réalise dans le cas des allocations familiales, mais il reste limité à leur seul groupe social. Le prélèvement direct sur les revenus, sans répercussion sur les prix de revient des produits ou

services, n'a-t-il pas amené le législateur à tempérer ses difficultés par un système d'exonération ou de cotisations réduites ?

Ainsi les résultats obtenus paraissent-ils l'inverse de ceux qu'on pouvait attendre : les ressources nécessaires à la lutte contre le besoin ne sont pas prélevées sur les entreprises ; à l'accroissement des charges sociales a fait place la stagnation ou la réduction des salaires. « On a réalisé une solidarité imposée à la masse des salariés au profit de leurs enfants, de leurs vieillards et de leurs malades. » Comme les ressources de la Sécurité sociale sont directement proportionnelles aux salaires, les règles de l'économie libérale basée sur la loi du profit ont pour effet de placer l'institution dans une situation défavorable et de rendre impossible tout transfert de richesses des classes sociales favorisées vers les salariés. L'idée de concurrence a prévalu sur l'idée de solidarité. La redistribution est restée limitée au revenu salarial. C'est ce qui ressort de l'analyse des statistiques relatives à la répartition du revenu national.

II. — *La redistribution du revenu salarial.*

Dans son ouvrage « Aspects économiques des prestations familiales », M. Jacques Hochard, se référant aux chiffres de M. Michel Collinet, montre que la masse globale des salaires (salaires directs et prestations sociales) n'a pour ainsi dire pas augmenté de 1938 à 1949 (32) : elle passe de 43,25 % du produit national à 44,05 %. Elle a même légèrement diminué si l'on tient compte de l'accroissement de 10 % des effectifs salariés par rapport à 1938. Par contre on assiste parallèlement à une diminution des salaires proprement dits dont les pourcentages passent de 32, 5 % à 27,5 %. Il s'est donc produit une distribution interne du revenu salarial qui est resté stagnant. La part des salariés dans les richesses nationales n'a pas évolué. La faiblesse des documents statistiques pourrait permettre de douter de cette argumentation. Celle-ci est pourtant confirmée par les chiffres officiels fournis par le Trésor sur les parts de chaque groupe social dans la répartition du revenu national.

	Masse Salariale	Profits Industriels	Profits Agricoles
1938	45 %	29 %	14 %
1949	34 %	50 %	12 %
1952	34 %	52 %	14 %

(32)

	Product. nationale	Salaires directs	Masse salariale
1938	400	130	173
1949	7.400	2.043	3.250
Pourcentage par rapport à la production nationale			
1938	100	32,5	43,25
1949	100	27,5	44,05

* En milliards d'anciens francs.

Alors que les profits des entreprises ont presque doublé, les revenus des salariés (y compris les prestations sociales) ont diminué. Ceux-ci n'ont pas bénéficié de l'essor de la production nationale qui, selon le Commissariat au Plan, dépassait en 1952 de 11 % celle de 1938. « Si l'on compare l'indice des prix et celui des salaires, on constate que l'indice des salaires depuis 1939, est demeuré inférieur à celui des prix, ou du moins qu'il ne l'égale qu'en ajoutant au salaire le montant des charges de la Sécurité sociale. Ainsi, tout se serait passé comme si l'augmentation des charges sociales s'était accompagnée d'une réduction de la valeur réelle des salaires (33).

La situation s'est-elle modifiée depuis 1949 ? L'examen des éléments de la Comptabilité Nationale, dont l'aspect strictement arithmétique confirme la neutralité, aboutit aux mêmes résultats. Le revenu national est passé de 6.630 milliards en 1949 à 17.910 milliards en 1958 ? Les salaires et les prestations sociales ont suivi une progression absolument parallèle, passant de 2.820 à 8.358 milliards pour les premiers et de 823 à 2.766 milliards pour les secondes. Si les coefficients d'accroissement de celles-ci sont très légèrement supérieures à ceux qui affectent les salaires et le Revenu National, on ne peut parler de renversement de la tendance qui reste stable au cours de cette période décennale. « Le Budget social de la Nation », faisant l'objet d'une annexe au projet de la loi de finances venu en discussion au Parlement depuis 1956, bien qu'il soit d'avantage un document politique qu'un document économique (34), atteste la même évolution : de 1957 à 1961, le pourcentage du prélèvement social par rapport au produit national brut a oscillé entre 20 et 20,4 % (35). Ces chiffres prennent d'autant plus de relief que ces dépenses sociales couvrent, non seulement les dépenses de Sécurité sociale pour les deux tiers, mais également les congés payés, les suppléments familiaux de salaire, l'aide sociale, l'aide au logement les pensions et les dommages de guerre. Ainsi s'explique l'idée de plus en plus admise que la seule distribution par les lois du marché est inéquitable. Elle laisse subsister les inégalités de classes. La seule répartition qui s'opère se réalise au sein même de la masse salariale.

Une fraction du salaire est « collectivisée » en vue de son affectation selon les besoins. Cette collectivisation représente la masse des prestations sociales qui font partie intégrante du revenu salarial. Les salariés supportent sur leur propre rémunération les charges de la Sécurité sociale qui est « mutualisée », et représentent un prélèvement sur le salaire direct. En l'absence d'une telle « socialisation » il faudrait pour main-

(33) P. Durand, *Politique contemporaine de la S.S.*, p. 297.

(34) J. Hochard, *Aspects économiques des Prestations familiales*, p. 18.

(35) Ces chiffres sont extraits du rapport du C.N.P.F. Assemblée générale du 17 janvier 1961 (p. 114).

En milliards de francs anciens	1957	1961
Produit national brut	20.531	29.455
Prélèvement social	4.300	5.967
Pourcentage	20 %	20,4 %

tenir le pouvoir d'achat relatif dont le salarié disposait en 1938, augmenter les salaires directs d'un pourcentage égal et même supérieur à ce prélèvement. L'analyse économique et sociale de la notion de rémunération met en évidence une transformation fondamentale, le phénomène de bissection du salaire, en salaire direct et salaire collectivisé. Ce « dualisme » a pris naissance dans la réalité concrète des rapports juridiques du monde du travail.

Il s'impose inéluctablement au juriste qui recherche de nouveaux concepts derrière le comportement des hommes en s'efforçant de faire abstraction du contenu souvent formel des lois et règlements.

CHAPITRE II

L'INFLUENCE DES FAITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX SUR L'ANALYSE JURIDIQUE DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA REMUNERATION

Comme le souligne M. Savatier, « le domaine du droit, qui est la science sociale la plus pénétrée d'humanisme, est l'isthme où se rejoignent les sciences sociales d'observation telles que la sociologie ou l'économie politique (1) ». Les Romains ont élaboré des concepts sur lesquels nous vivons encore ; pourtant ils ont fait du droit un art : « Jus est ars boni et aequi ». Montesquieu eut le premier l'intuition que le droit pouvait être une science : « Les lois sont... les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses (2) ». Mais le droit ne s'érige en discipline scientifique qu'à partir du moment où l'on estime que les phénomènes juridiques ont des causes sociales et économiques qui les rend justiciables d'une recherche scientifique. C'est l'école positiviste d'Auguste Comte qui, à la fin du XIX^e siècle, mit en évidence cette idée que le droit est un fait social. La rencontre de sociologues comme M. Durkheim et d'un juriste comme M. Duguit (3) a permis l'orientation nouvelle donnée aux recherches juridiques. L'obligation désormais s'impose aux juristes d'étudier le milieu social pour apprécier si, et dans quelle mesure, la règle de droit s'applique, les raisons de son apparition, les motifs de son efficacité ou de sa désuétude (4).

Cette conception sociologique du droit permet de comprendre comment les modifications qui affectent la structure économique se repercutent d'une manière ou d'une autre sur le droit. Le cadre dans lequel se situent les rapports sociaux ne cesse de s'élargir ; le stade moléculaire succède au stade « atomistique » ; le centre de gravité se déplace de l'individu au groupe. Le droit reflète nécessairement l'accélération des changements de la vie des hommes (5). Il la reflète cependant imparfaitement dans la mesure où l'on continue à utiliser les anciens concepts juridiques.

Le processus d'évolution de la notion de « rémunération » est, à

(1) R. Savatier, *Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, n° 13, p. 16.

(2) L'Esprit des Lois.

(3) J. Carbonnier, *Manuel de Droit civil*, Tome I, p. 33.

(4) Lévy Bruhl, *La sociologie du droit*. Collection Que Sais-je, p. 96.

(5) Savatier, *Op. cit.*, p. 12.

cet égard, l'un des plus caractéristiques ; parce que le salaire représente la raison de vivre du plus grand nombre, il n'a pas échappé aux perturbations dont était l'objet le milieu ambiant. Nous savons que les transformations dont il est le siège ont entraîné la désagrégation du concept traditionnel unitaire et contractualiste. Si l'on admet pourtant que les règles qui le gouvernent obéissent à un certain déterminisme qui rappelle celui qui régit les phénomènes de la nature, on peut alors soutenir que la conception « dualiste » du salaire paraît plus conforme à la réalité économique et sociale.

SECTION I

L'INTERDEPENDANCE DE LA SCIENCE JURIDIQUE ET DES AUTRES SCIENCES SOCIALES

Cette interdépendance n'est pas admise par tous les auteurs. Pour les uns, les règles juridiques sont un système de normes hiérarchisées dont chacune tire sa force obligatoire de sa conformité à la norme supérieure (6). Toutes les données de la vie sociale sont « métajuridiques » et étrangères au droit (7). « La loi écrite, dit M. Gény est une volonté et non un produit du milieu social » (8). Ces opinions soulèvent la même objection : les institutions juridiques sont conditionnées par des facteurs autrement profonds que des volontés individuelles. Une autre école a mystifié le droit en lui reconnaissant un contenu divin, surnaturel, qui contraste avec son titre d'Ecole du « Droit Naturel ». Elle a joué son rôle historique lorsqu'elle a fusionné avec les théories rationalistes pour bâtir les textes de la Révolution et du Code Civil qui font de l'individu, la fin essentielle. Cet idéalisme juridique ne répond plus à la réalité contemporaine. Il a pourtant repris vigueur à notre époque pour permettre soit de condamner les réformes sociales, soit d'en promouvoir d'autres en vue d'assurer la pérennité de l'ordre juridique existant.

Les idées morales ont leur force, certes, mais la lutte des intérêts matériels concourt à construire le droit qui « n'est pas donné » (9), immuable et éternel. Celui-ci se modifie, se transforme sous la pression des forces sociales qui s'affrontent, les unes attachées aux situations acquises, les autres désireuses d'obtenir leur part légitime dans l'accroissement des richesses. Ce sont ces conflits d'intérêts qui expliquent la transformation de la conception unitaire du salaire. Le législateur est obligé de tenir compte de la force du nombre qui réclame une plus grande égalité sociale. Ainsi s'élaborent les systèmes de protection sociale qui confèrent aux uns des avantages qui auront pour les autres la contre-

(6) J. Carbonnier, *Manuel Droit civil*. Carbonnier, Tome I, p. 33.

(7) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 79.

(8) Gény, *Méthode d'interprétation*, 2^e Edition I, n° 98.

(9) Dabin, *Théorie générale du Droit*, 2^e Edition 1952, n° 123.

partie immédiate d'un sacrifice ou d'une obligation. Cependant, le nombre des intéressés n'est pas la seule force qui imposera la loi (10). Nous avons pu constater que les facteurs économiques et la réaction des groupes sociaux, qui s'estiment « lésés », s'opposent à des innovations jugées dangereuses. La loi est détournée de son but : l'examen des statistiques marque combien la redistribution des revenus entre classes sociales est illusoire ; les forces économiques sont plus dynamiques que les règles juridiques : contre elles les sanctions sont inopérantes ; le caractère obligatoire de la loi s'affaiblit.

Mais en même temps la notion de salaire se transforme. La qualification de « salaire » masque le bouleversement dont il est l'objet. Une partie seulement conserve le sens donné à ce terme en droit privé. Vouloir ranger les réalités sociales dans les catégories juridiques classiques, aboutit à fausser complètement ces réalités et à faire application de méthodes d'interprétation et de solutions qui ne sont nullement adaptées à la nature véritable des relations en jeu (11).

SECTION II

LA CONCEPTION « DUALISTE » DU SALAIRE, CONFORME A LA REALITE ECONOMIQUE ET SOCIALE

Le salaire devient ce qui est alloué au travailleur et à sa famille pour assurer sa subsistance. Il n'a plus sa seule cause juridique dans la prestation de travail individuelle. Pour partie, son fondement ne réside plus dans les liens contractuels subordonnant le salarié à son employeur : on a voulu voir ce fondement dans la nécessité de garantir les besoins du travailleur lorsque l'exécution du contrat de travail est suspendue ou interrompue.

On assigne ainsi aux moyens d'existence du prolétaire un double fondement : tantôt ces moyens d'existence sont la contrepartie juridique du travail accompli, tantôt ils découlent d'une obligation extra contractuelle qui fait du salarié un créancier de la société qui le prend en charge parce qu'il est dans l'impossibilité d'assurer sa subsistance. Cette dernière rappelle la notion d'assistance ; elle s'en éloigne, pourtant, dans la mesure où la dette de la collectivité représente un véritable droit pour le salarié malade, invalide ou âgé. Le fondement de ce droit légal, reconnu constitutionnellement, n'a pas été suffisamment dégagé. Doit-on néanmoins considérer que la rémunération du travailleur a un double fondement selon l'existence ou non d'un contrat de travail en cours d'exécution ?

Pourquoi ne pas admettre que ce double fondement ne se justifie que tout autant que l'on raisonne à partir des données traditionnelles qui voient dans le salaire le prix de la force de travail identifiée à

(10) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 102.

(11) P. Laroque, *Contentieux social et Juridiction sociale*. Revue Etudes et Documents du C.E. (Voir Dt Social 1954, pp. 271 et s.).

une marchandise ? La réalité économique et sociale témoigne qu'en vérité le contenu du salaire devient « dualiste » mais que son fondement reste « unitaire ».

A. — LE « DUALISME » DU SALAIRE DANS SON CONTENU.

Ce dualisme est la traduction des formes différenciées de rémunération. En échange de la prestation fournie dans le cadre du contrat de travail ou de la convention collective, le travailleur continue à percevoir une rémunération individuelle payée périodiquement ; il reste à ce titre un créancier de l'entreprise non associé aux risques. Il en est ainsi quelle que soit la qualification juridique donnée aux diverses sommes : gratification, participation aux bénéfices, prime de productivité, congés payés. Le fait qu'un minimum, nécessaire aux besoins élémentaires de la personne humaine, est fixé, ne modifie pas ce contexte juridique. Le salaire dépend toujours de l'intensité et de la qualité du travail fourni par un ouvrier déterminé, dans le présent ou dans le passé, selon que son paiement est direct ou différé, comme en matière de congés payés par exemple.

Peut-on qualifier de salaires les éléments de remplacement ou de complément versés par les organismes publics ou semi-publics, aux travailleurs inactifs ? Aucun lien de nature contractuelle ne les rattache les uns aux autres. C'est en vertu d'une obligation légale, qui ne s'accommode pas du cadre technique que le code civil a établi, que le salarié devient créancier de la Sécurité sociale ou de l'Etat, en vérité un créancier du corps social qui en supporte la charge. Les prestations sociales empruntent cependant au salaire son régime juridique : leur caractère alimentaire indéniable oblige à les soumettre aux règles de protection créées en faveur des « aliments » : insaisissabilité, privilèges, interdiction des techniques de compensation légale ou contractuelle.

Cependant, le régime juridique d'une institution ne détermine pas sa nature juridique. Pour apparenter au salaire les prestations sociales, il faudrait créer la fiction d'un synallagmatisme. L'état de besoin demeure la cause première ou essentielle de leur attribution ; il n'en est pourtant que la cause économique et sociale. La cause juridique, le fondement des prestations sociales et du salaire proprement dit, n'est-il pas identique ?

B. — LE FONDEMENT « UNITAIRE » DE TOUS LES ÉLÉMENTS DE RÉMUNÉRATION :

La réalité économique et sociale apporte la preuve de l'existence d'un fondement unitaire. Les prestations sociales représentent bien une partie de la rémunération du travailleur prélevée en vue d'assurer sa subsistance lorsqu'il ne peut plus monnayer sa force de travail. Comme le souligne M. Savatier, « si brusquement on supprimait la Sécurité sociale, les salaires pourraient immédiatement être augmentés de près de 40 % sans que les prix de vente à la consommation soient majorés d'un

sou » (12). Les prestations sociales semblent avoir leur contre-partie juridique dans le travail. Mais cette contre-partie n'est pas immédiate : le paiement d'une fraction du salaire est différé ; le travailleur ne pourra en bénéficier que s'il est en état de nécessité ; elle profitera à d'autres membres de son groupe social, si un tel état n'apparaît pas chez lui ou au sein de son foyer.

Voici qu'à côté du salaire individuel vient se juxtaposer une notion moderne et nouvelle, créée par la force des choses, née du choc des facteurs économiques, sociologiques et politiques : le salaire social. Sommes-nous en présence d'une institution appelée inéluctablement à l'existence en droit positif ? On conçoit néanmoins déjà l'impossibilité de la ramener à la notion classique dont elle se distingue par les mécanismes juridiques qui lui donnent naissance.

Sur la scène du droit, le salaire social a-t-il valeur d'entité autonome se superposant au salaire individuel ? On ne peut reprocher au juriste de faire preuve de quelque incertitude en la matière, car toute la théorie juridique du salaire en est l'enjeu. Mais dès lors que l'institution nouvelle manifeste sa vocation à accéder à la vie juridique, elle ne peut susciter l'indifférence. Bien au contraire, son étude revêt un intérêt juridique capital. Tâche certes fort délicate car elle postule, outre l'observation du phénomène, la nécessité de dégager la qualification du salaire. Mais étude pleine de promesses si elle permet de démontrer que la notion moderne de rémunération acquiert, non pas uniquement sur le plan économique et social, mais aussi et surtout dans l'ordre juridique, un contenu dualiste à la fois individuel et social. Reste à savoir si la science juridique permet de définir les traits et les caractères du nouveau concept de salaire social par opposition au concept classique de salaire.

(12) R. Savatier, *Op. Cit.*, p. 264.

SOUS-TITRE II

I'APPARITION D'UNE NOTION MODERNE : LE SALAIRE SOCIAL OU LA REDISTRIBUTION DU SURPLUS. SA VALEUR EN TANT QUE CONCEPT JURIDIQUE

L'expression de « salaire social » n'est pas récente. Déjà dans un article paru à la Revue de Droit Social de 1942, intitulé « Rémunération du travail et socialisation du Droit », le professeur Paul Durand adopte ce vocable pour définir tous les éléments de rémunération du travailleur qui n'ont plus une origine contractuelle. Ainsi certains mots ont une telle puissance d'évocation qu'ils sont adoptés d'emblée et finissent par être utilisés par la plupart des auteurs sans qu'on ait cherché à préciser leur signification exacte ou à en donner une définition précise.

Le terme de salaire social est au nombre de ceux-là, si l'on en juge par la faveur dont il jouit. Le succès de son usage même témoigne de l'existence d'une notion nouvelle qui présente cependant le seul défaut de n'avoir pas encore été analysée : il n'y a pas de théorie du salaire social et la doctrine s'accommode présentement de cette lacune, soulignant le caractère encore prématuré d'une tentative envisageant une telle construction juridique. Il s'ensuit que l'expression de salaire social est utilisée dans des acceptions différentes par les économistes et par les juristes.

La science économique utilise parfois la dénomination de salaire total pour en marquer les limites très extensives : le salaire comprendrait « in infinitum » tous les avantages, mêmes lointains, tirés par le salarié de l'exercice de son travail.

Ainsi définie, une telle notion reste trop vague par son imprécision. En général, dans leurs études, les économistes caractérisent le salaire social par deux traits : il est collectif dans sa source, il n'est pas la contre-partie d'une production individuelle. Citant l'exemple des allocations familiales, ils font l'analyse suivante : comparons une entreprise A dont tous les salariés sont pères de famille et une entreprise B dont tous les salariés sont célibataires. Les clients de A paient la rente de ses facteurs naturels, l'intérêt de son capital, son profit et une partie de ses salaires ; ceux de B paient la rente, intérêt, profit, salaires et un surplus représentant le solde débiteur de B à la caisse de compensation. Tout se passe comme si les clients de B contribuaient à rémunérer les salariés

de A (1). Au nom des clients de A, on assiste à un phénomène de socialisation. Ainsi tout ce qui parvient au salarié par le jeu de la compensation est salaire social : les prestations d'assurances sociales ou d'accidents du travail, les retraites, les allocations de chômage, les allocations familiales. Cependant, si le salaire social est le fruit d'une activité collective, il a une destination individuelle : chaque salarié reçoit une part du salaire social qui correspond à ses besoins propres d'individu et éventuellement de chef de famille. Une distinction s'établit ainsi nécessairement entre la rémunération du travail et la rémunération du travailleur, notions qui recouvrent des données différentes.

Pour n'avoir pas abordé l'étude du concept de salaire social en fonction de cette opposition fondamentale, la thèse économique se révèle insuffisante parce qu'elle n'envisage le problème que sous l'angle *objectif et abstrait* et non sous son aspect *concret et subjectif*.

En est-il de même sur le plan juridique ? La notion de salaire social est-elle acceptable ? Et surtout est-il possible de conduire cette étude en faisant état de la distinction précédemment signalée ? Une certaine école considère que le salaire social n'implique pas une organisation socialiste des rapports du travail. M. Paul Durand note que la socialisation du salaire indique seulement qu'à l'obligation individuelle du paiement de la rémunération imposée à une entreprise, se substitue, dans notre droit moderne, une obligation collective que supporte un groupe social (2). Cette création d'un second salaire de taux variable et qui dépend des charges de famille, d'un accident, de la maladie ou du chômage, transforme les rapports juridiques et humains : le salarié reçoit cette rémunération de la collectivité. Sa nature n'est plus contractuelle mais légale. Par voie d'autorité, un contrat forcé s'établit entre les institutions sociales et les employeurs d'une part, les salariés de l'autre. On retrouve l'intervention de cet organisme-tiers, chaque fois qu'il s'agit de compenser des charges : qu'il s'agisse des allocations de chômage versées par les A.S.S.E.D.I.C., des pensions vieillesse payées par les régimes complémentaires à base conventionnelle ou des prestations de la Sécurité sociale ; la technique, avec quelques variantes, est la même depuis la première loi sur les retraites ouvrières et paysannes de 1910. Des cotisations professionnelles, calculées en pourcentage des salaires, sont imposées à l'entreprise par des dispositions légales : le produit en est attribué à un organisme de répartition, ayant pour mission d'assurer la gestion de ce « fond commun », pour le seul compte et au seul profit des futurs bénéficiaires, les salariés. Pour symboliser le fait que ceux-ci ne sont pas des assistés, mais qu'un véritable droit est à l'origine des avantages qui leur sont concédés, une contribution ouvrière est précomptée sur les salaires. Celle-ci, d'abord égale à celle de l'employeur, n'a cessé de se réduire en comparaison des cotisations patronales. A ce titre, elle prend bien la valeur d'une « fiction » sur le plan juridique. Aussi a-t-on pu dire que les fonds redistribués par les organismes de Sécurité sociale

(1) *Les caractères contemporains du salaire*. Collection Pragma, pp. 16 et 24.

(2) P. Durand, *Rémunération du travail et socialisation du Droit*. Droit Social 1942, pp. 33 et suivantes.

sont une charge de l'entreprise, résultant d'un effort presque exclusivement patronal. Mais l'intervention de l'organisme-tiers tempère partiellement cette opinion et les salariés ont le sentiment que la Sécurité sociale est finalement leur œuvre et le résultat de leurs efforts, car le paiement des substituts ou compléments du salaire n'est pas assuré par l'entreprise elle-même. Dans quelques cas exceptionnels, l'entreprise demeure son propre assureur (S.N.C.F., Etat, Collectivités publiques) ; en règle générale, le salaire social est payé par une institution extérieure, et psychologiquement, la dépendance du salarié est atténuée. L'employeur est débiteur du salaire social, le salarié s'en présente comme le créancier ; il n'y a plus cependant, de l'un à l'autre, de rapport de nature contractuelle : en versant les cotisations, le premier ne stipule pas au profit du second ; l'un aura droit à ses prestations même si l'autre n'exécute pas sa propre obligation. Les règles du Droit Civil, dès lors, s'avèrent insuffisantes pour expliquer ces mécanismes et leur fonctionnement. Est-il néanmoins possible de tenter une « systématisation » ouvrant la voie à une théorie juridique du salaire social ? Il semble que cette recherche devrait être orientée à partir de deux idées centrales :

— *d'abord le salaire peut-il faire l'objet d'une répartition collective ?* Une réponse positive suppose que le salaire social présente des caractères juridiques propres qui le distinguent du salaire individuel. On doit pouvoir en dégager les traits originaux par l'analyse interne de ses composantes : le salaire social a sa source dans des cotisations professionnelles ; il a pour finalité les prestations sociales. Il apparaît opportun et utile d'analyser dans un premier chapitre *la nature juridique de ces deux éléments constitutifs du salaire social*.

— *Ensuite le salaire social a-t-il acquis le droit de prendre place parmi d'autres institutions juridiques comme l'obligation alimentaire ou le mariage ?* Toute systématisation met en œuvre la technique des catégories juridiques. La recherche du fondement juridique de cette nouvelle institution sera nécessaire pour tracer les lignes d'orientation du nouveau concept car les règles du droit ne sont pas sans cause.

Le salaire social n'est-il pas la transposition dans l'ordre collectif de l'idée classique du salaire individuel, contrepartie de la prestation de travail ?

Pourquoi ne pas considérer que le salaire social a pour contrepartie juridique l'activité humaine ?

Cette étude qui fera l'objet de notre second chapitre nous permettra ainsi de vérifier que la conception dualiste du salaire apporte une réponse scientifique à la notion moderne du salaire. La rémunération du travailleur n'est plus seulement le prix du travail actuel, elle est aussi la contrepartie de l'activité humaine projetée dans l'avenir et dans le passé ?

CHAPITRE I

LA NATURE JURIDIQUE DES COMPOSANTES DU SALAIRE SOCIAL

Aucun des problèmes d'ordre juridique soulevé après plus de dix années d'application de la nouvelle législation sociale, n'est plus attachant, ni plus considérable, ni plus urgent à examiner du point de vue pratique. La solution qu'il comporte dans les secteurs qu'il intéresse commande, en effet, des corollaires d'importance capitale sur le plan des droits des assujettis ou des bénéficiaires. La plupart des auteurs ne conçoivent pas l'étude des cotisations parallèlement à celle des prestations : peut-être considèrent-ils ces deux éléments comme étrangers les uns des autres. Une synthèse globale s'avère cependant nécessaire. Certes, le droit aux prestations n'est plus conditionné par le paiement des cotisations. En ce sens, l'esprit et les techniques de la Sécurité sociale diffèrent des méthodes traditionnelles de l'assurance privée et même des assurances sociales. Il n'y a plus qu'une relation symbolique entre les cotisations de l'assuré et les prestations servies. Mais sous l'angle de la théorie du « salaire social », il apparaît évident que la rupture entre la charge du salarié et le bénéfice qu'il en retire n'est pas déterminante. Cotisations d'une part et prestations d'autre part, représentent en définitive, une seule et même chose, le salaire social envisagé sous deux aspects différents : les premières alimentent le bien commun qui sera distribué et individualisé par les secondes ; sur le plan juridique la nature des cotisations ne colorera-t-elle pas nécessairement celle des prestations ? Par voie de conséquence les caractères dominants de la notion de salaire social s'en dégageront.

SECTION I

LA NATURE JURIDIQUE DES COTISATIONS DE SECURITE SOCIALE

Le concept de cotisation à la Sécurité sociale est loin d'être homogène (1). Il recouvre des données très différentes. En apparence, il n'y a aucune identité de nature entre, d'une part les cotisations versées par

(1) Lyon-Caen, *Manuel de Dt Tr. et S.S.*, p. 366.

les employeurs et travailleurs indépendants pour leur propre compte, aux Caisses d'Allocations familiales ou aux régimes vieillesse des non-salariés, et d'autre part celles versées par les employeurs pour le compte de leurs salariés. L'échec de la généralisation semble aboutir à la juxtaposition de deux « Sécurités sociales » ; le régime des non-salariés s'apparente à une vaste « mutuelle de groupe » : les cotisations qui l'alimentent sont fournies exclusivement par les non-salariés. La similitude avec un impôt à affectation spéciale est frappante. On peut aussi valablement soutenir que cette cotisation est un élément de leur revenu professionnel puisqu'elle est prélevée sur celui-ci. Cette remarque a son importance dans la mesure où l'on considère que les cotisations des salariés représentent également une partie de la rémunération qui a été « socialisée » : celle-ci apparaît sous cet angle comme un prélèvement sur leur revenu salarial. Une telle opinion est cependant loin d'être admise dans le domaine juridique. Dans le régime des salariés, l'obligation de cotiser incombe à l'employeur : celui-ci doit verser la totalité des cotisations, y compris celles du salarié, relatives aux assurances sociales. Les textes précisent que l'obligation au paiement a un corollaire : la charge des cotisations patronales est supportée exclusivement par l'employeur (2). Seule la cotisation ouvrière est précomptée lors de chaque paie. La « contribution de l'employeur reste exclusivement à sa charge, toute convention contraire étant nulle de plein droit » ajoute l'article 126 du Code de la Sécurité sociale.

La question de savoir si les cotisations de Sécurité sociale du régime des salariés sont ou non un élément du salaire est donc extrêmement délicate. La méthode exégétique ne peut fournir qu'une réponse négative. La nature juridique des cotisations n'est pas pour autant tranchée : elle donne lieu, en effet, à de multiples controverses jurisprudentielles et doctrinales. La synthèse d'ensemble des solutions proposées, malgré son caractère fragmentaire et incertain, est indispensable à la construction de la théorie du « salaire social ».

PARAGRAPHE I

LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE ET SON EVOLUTION

Une remarque liminaire s'impose : la nature juridique de la cotisation ouvrière ne soulève aucune controverse. Elle fait partie du salaire car elle est versée au moyen d'une retenue sur le salaire (3). Sa réintégration dans la rémunération pour le calcul des prestations de Sécurité sociale n'est jamais discutée. L'employeur opère le « précompte », lequel apparaît comme une fraction des gains d'où il est légalement distrait et qu'il réduit, par suite, à due concurrence. Représentative du travail fourni, prévue par le contrat d'où elle découle d'une façon directe et

(2) Cf. Art. 124, 125, 126 du Code de la S.S.

(3) Limoges, 10 novembre 1936, S. 1937 II. 113 ; Besançon, 14 décembre 1936 (G.P. 1937. I. 449) ; Bordeaux, 7 février 1937 (G.P. 1937. I. 450).

immédiate, la cotisation ouvrière provient des deniers personnels de l'ouvrier qui l'a acquise juridiquement, dans le patrimoine propre duquel, à un moment donné, elle est, tout au moins fictivement, rentrée. Sa nature juridique n'est donc pas affectée par le caractère forcé, imposé qui découle des dispositions légales : c'est une fraction du salaire frappée d'indisponibilité comme en vertu d'une saisie-arrêt ordinaire et banale. La loi du 20 mars 1954 (Art. 120 du Code de la S.S.) précise que « le montant des retenues pour cotisations ouvrières doit être compris dans la rémunération soumise à cotisations ».

Les difficultés naissent à propos des cotisations patronales. La jurisprudence a eu à résoudre le problème de leur nature juridique, non pas d'une façon directe, mais d'une manière tout à fait incidente, à propos du salaire de base en matière d'accident du travail. Après avoir adopté la thèse de la cotisation, élément du salaire, elle a fini par la rejeter.

A. — LA COTISATION PATRONALE, ÉLÉMENT DU SALAIRE ET LA CONCEPTION SUBJECTIVE.

Fallait-il ou non inclure les cotisations patronales dans le salaire de base en matière d'accidents du travail ? Le partage des juridictions du fond sur ce problème, marque le début de la controverse. Certaines décisions soulignent que la cotisation patronale est une véritable fraction du salaire, impliquée par le contrat de travail et destinée à conférer à l'ouvrier un avantage précis, celui de bénéficier des assurances sociales ; elle doit être incluse dans la rente (4). D'autres tribunaux soutiennent la conception opposée : les « allocations reçues en cas de maladie prennent leur source non pas dans le travail de l'ouvrier mais dans l'assurance contractée à son profit au moyen de versements que la loi impose à l'employeur et qui constituent comme une sorte d'impôt... » (5)

Appelée à trancher le débat, la Cour Suprême, dans un arrêt du 12 février 1940 (6), après délibération en Chambre du Conseil, opte pour la première solution considérant « que la cotisation patronale aux assurances sociales, comme la cotisation ouvrière, est effectuée en exécution du contrat de travail, qu'elle est fonction du salaire payé à l'ouvrier, qu'elle est inscrite à son nom, qu'elle détermine son droit aux prestations éventuelles, que le bénéfice assuré au salarié, pour être différé, n'en constitue pas moins un élément de la rémunération que lui assure son travail » : « l'un des éléments du salaire qu'il reçoit chaque

(4) En ce sens Tb. de Périgueux 16 février 1932 ; Tb. de Marmande 27 novembre 1937 (G.P. 1936. I. 176) ; Tb. de Périgueux 31 décembre 1935 (G.P. 1936. I. 175) ; Cour d'Appel de Bordeaux, 27 février 1936 (G.P. 1936. I. 916) ; Poitiers, 29 mars 1939 (D.H. 1939. 302).

(5) Limoges, 10 novembre 1936 (S 1937 II 113) ; dans le même sens Bourges, 28 juillet 1936 (G.P. 1936. II. 546) ; Bordeaux, 12 novembre 1936 (G.P. 1937. I. 108) ; Seine, 11 décembre 1936 (G.P. 1937, II, 54) ; Besançon, 14 décembre 1936 (G.P. 1937, II, 54) ; Bordeaux, 7 janvier 1937 (G.P. 1937 II, 54) ; Nancy, 23 juin 1938 (D.H. 1938, 489) ; Agen, 24 janvier 1939 (D.H. 1939, 188).

(6) J.C.P. 1940, II, 1533.

jour » devait ajouter plus tard la Cour de Cassation (7). Ainsi la « cotisation patronale a pour but de permettre le fonctionnement de la loi dans l'intérêt de l'ouvrier ; lorsque se forme le contrat de travail, l'ouvrier, sait qu'indépendamment de la rémunération en argent qui lui revient par son travail, il bénéficiera, pour les assurances sociales, de l'avantage complémentaire de la cotisation patronale » (8). On trouve déjà exprimé, ici, le critère de prévisibilité mis en évidence par une jurisprudence récente au sujet des gratifications. Au moment de l'embauche, l'ouvrier, comme contrepartie des heures qu'il va fournir, escompte la contribution patronale qui, apparaissant certaine et stable, le dispensera de se couvrir d'une assurance personnelle contre les risques non professionnels. La cause génératrice des cotisations est le travail de l'assuré et c'est en raison de ce travail que l'employeur est tenu de cotiser (9). Déjà les auteurs de la loi du 5 avril 1910, sur les retraites ouvrières et paysannes, avaient spécifié « que les versements effectués par le patron, représentaient une participation du travailleur aux bénéfices de l'entreprise ». Une telle participation a bien le caractère d'un salaire. La Jurisprudence tire les conséquences de son analyse : l'article 10 de la loi du 9 avril 1898, modifiée par la loi de 1938, prévoit que le salaire de base, en matière d'accident du travail, est constitué par la « rémunération effective et totale allouée à l'ouvrier, soit en espèces, soit en nature, à l'exclusion des allocations familiales ».

Les cotisations d'assurances sociales doivent donc être incluses dans le salaire de base, mais les magistrats ne se prononcent pas pour autant sur le sort des cotisations d'allocations familiales.

B. — L'EXCLUSION DE LA COTISATION PATRONALE COMME ÉLÉMENT DU SALAIRE ET LA CONCEPTION OBJECTIVE.

Cependant la Cour de Cassation n'a pas pris garde que l'une des pièces maîtresses de son argumentation est le principe de capitalisation qui, vrai en 1940, ne l'est plus en 1943. La loi du 14 mars 1941 apporte un bouleversement de structure en précisant dans son article 9, paragraphe 1^{er}, que les « retraites et pensions de vieillesse des assurances sociales sont constituées sous le régime de la répartition ». Il faut trouver des ressources pour ceux qui n'ont pas cotisé. La Jurisprudence de la Cour ne peut plus se maintenir face aux principes fondamentaux de la Sécurité sociale : le droit éventuel de l'assuré aux prestations n'est plus subordonné au versement par le patron, de sa cotisation, l'institution étant tenue d'accorder les prestations, sous réserve de son recours contre l'employeur qui a omis de payer sa contribution (10).

La thèse jurisprudentielle a comme adversaire l'Administration de la Sécurité sociale qui, par circulaire 266 SS du 19 septembre 1947, rejette

(7) Arrêt Chambre Civile, 9 mars 1943, J.C.P. 1943, II, 2272.

(8) Cour de Poitiers, 29 mars 1939. (D.H. 1939, 302).

(9) Rouast. Dalloz 1949, 565.

(10) Cass. Soc. 4 janvier 1946, S. 1947, I, 21.

la conception admise jusqu'alors de l'inclusion des cotisations patronales dans le salaire servant au calcul des rentes. La Cour de Cassation saisie de 40 pourvois formés contre des décisions du contentieux de la Sécurité sociale, qui adoptent tantôt l'une, tantôt l'autre théorie, statue le 30 juillet 1949 sur quatre d'entre eux dans des termes similaires et casse, notamment, deux décisions bien motivées des Commissions Régionales d'Appel de Dijon du 1^{er} mars 1948 et de Paris du 11 mai 1948 (11), qui développaient la thèse de la cotisation complément du salaire. Dans cette dernière affaire opposant M. Lorig à la Caisse Régionale de Sécurité sociale de Paris, la Cour, renversant entièrement sa jurisprudence (12), considère que la cotisation patronale ne participe pas du salaire puisque, si elle n'est pas payée, les mêmes avantages sont accordés à l'assuré. Sans aller jusqu'à y voir formellement une dette d'impôt, son exclusion du calcul du salaire de base est affirmée. Quels sont les arguments de la Haute Juridiction ?

— D'abord ces cotisations ne sont pas capitalisées au nom de chaque assuré social, mais versées à un fonds commun pour être ensuite, soit réparties indirectement entre tous les bénéficiaires, soit affectées à des œuvres sociales d'intérêt général.

— Ensuite le droit éventuel de l'assuré à diverses prestations est indépendant des cotisations versées à son nom.

— Enfin et surtout, les cotisations patronales d'assurances sociales ne peuvent être considérées comme étant rentrées effectivement ou réellement, par elles-mêmes ou par les avantages qui leur sont attachés, dans le patrimoine de chacun des assurés ; qu'elles ne sauraient être assimilées à un supplément de salaire alloué *individuellement* à chaque assuré en rémunération de son travail.

Ce dernier argument est repris et développé, dans son arrêt toutes Chambres Réunies du 8 juillet 1953 (13), par la Cour de Cassation amenée à statuer à nouveau dans l'affaire Lorig contre une décision de la Commission Régionale d'Orléans (14) se prononçant dans le même sens que celle de Paris : « les seuls avantages qui, outre le salaire proprement dit, sont pris en considération et en constituent le complément, sont ceux qui sont effectivement perçus par le travailleur, entrent dans son patrimoine dans des conditions telles qu'il ait sur eux *un droit privatif, fût-il éventuel* ».

Ainsi, la confusion dans une masse commune, des cotisations patronales et ouvrières, l'absence chez le salarié d'un droit défini sur la contribution patronale versée pour son compte, la rupture du lien juridique entre les cotisations et les prestations, paraissent des éléments déterminants aux magistrats de la Cour Suprême, pour retirer aux cotisations patronales la nature juridique du salaire. Comment ne pas souligner le caractère négatif de leur formule, marqué par le rejet pur et simple de la solution précédemment admise ? Les Chambres Réunies

(11) J.C.P. 1948, II, 4395.

(12) J.C.P. 1949, II, 5053.

(13) J.C.P. 1953, II, 7743, D. 1953, 627.

(14) J.C.P. 1950, II, 5875, CR Orléans du 20 juin 1950.

se devaient de substituer à une conception dont elles ne voulaient plus, en raison de sa contradiction avec la réalité juridique, une nouvelle construction dégageant la nature profonde des cotisations. La Haute Juridiction ne l'a pas fait ; cela paraissait très difficile pour deux raisons essentielles : la nature exacte des cotisations faisait d'abord l'objet d'une ardente controverse en doctrine, ce qui amenait certains auteurs à émettre une vive protestation contre les solutions adoptées jusque-là par la Jurisprudence ; en outre, la période de rodage de l'institution de Sécurité sociale rendait prématurée toute option alors même que la réalité juridique pouvait à son tour être démentie par les faits eux-mêmes, comme nous l'avons souligné. La recherche d'une solution positive est-elle désormais possible ?

PARAGRAPHE II

CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE ET RECHERCHE D'UNE CONSTRUCTION POSITIVE

Une telle critique suppose au préalable l'examen de la position de la Doctrine et celle-ci est profondément divisée : plusieurs théories ont été présentées, mais l'attitude de la jurisprudence n'a pas facilité la recherche d'une solution. Les arguments avancés ne manquent pas d'être, de part et d'autre, péremptoirs, convaincants et passionnés. Ils soulignent l'enjeu du problème et serviront de trame pour mettre en valeur les objections que nous ferons à la jurisprudence pour avoir rejeté la conception des cotisations, élément du salaire, alors que celles-ci demeurent bien un élément constitutif du salaire, non du salaire individuel, mais du salaire social.

A. — LES CONTROVERSES DOCTRINALES SUR LA NATURE DES COTISATIONS.

On découvre autant de théories que d'auteurs. En fait, le regroupement des tendances s'opère autour de deux pôles attractifs : la cotisation est-elle un impôt ou un élément du salaire ? Est-elle une dette civile ou une dette commerciale ? Les partisans de la « thèse fiscale » confirment indirectement l'évolution de la jurisprudence et s'efforcent de lui apporter la preuve que la cotisation, n'étant plus un salaire, ne peut être autre chose qu'un impôt. Le camp opposé, prenant une position diamétralement inverse, marque son attachement à la conception traditionnelle, sans en modifier les termes, ni tenir compte des transformations qui sont intervenues dans la notion même de salaire.

1) *Les arguments de la conception « fiscale ».*

M. Paul Durand souligne que les cotisations ont la nature de l'impôt (15) : « l'impôt n'est pas une notion dont nous soyons libres de donner une définition personnelle, si elle n'est pas celle du droit positif. La rigueur du droit ne permet pas de donner aux cotisations une autre nature que fiscale. Toutes les définitions de l'impôt s'y appliquent exactement ». Ne peut-on dire d'elles, comme de l'impôt, qu'elles sont un procédé de répartition des charges publiques entre les individus d'après les facultés contributives (16). Certes, les ressources de la Sécurité sociale sont affectées et gérées par des organismes autonomes, mais la science financière connaît l'existence de budgets annexes. L'auteur cite, à l'appui de sa thèse, la jurisprudence belge qui assimile les Caisses à un service public. N'étant ni libres, ni volontaires, mais obligatoires et légalement fixées, les cotisations des employeurs participent de la nature d'un impôt dû à l'Etat mais qui, au lieu de lui être payé directement, est versé à une institution agréée par lui et chargée de répartir sous son contrôle et sa surveillance les sommes recueillies pour son compte (17). Le recouvrement des cotisations est garanti, non seulement par les moyens familiaux au droit privé, mais aussi par des procédés de droit public, inspirés par les techniques du droit fiscal ou même entièrement empruntés à ce droit (18). La Sécurité sociale prélève des ressources suivant des modalités voisines de celles de l'impôt, à telle enseigne qu'une concurrence s'établit entre l'impôt et le financement de la Sécurité sociale (19). Il suffit de noter que l'impôt de 5 % sur les salaires conserve sa dénomination tandis que les cotisations « ouvrières » et « patronales » reçoivent une qualification différente. Pourtant, l'un et l'autre ont la même assiette et des taux qui s'ajoutent. Enfin, la dette des cotisations de Sécurité sociale ne repose plus sur une base contractuelle (20), de sorte que, sur le plan technique, elle obéit aux mêmes règles que l'impôt, quant à son calcul et à ses effets économiques. « C'est une sorte d'impôt établi sur les employeurs » dit M. Demontis (21). M. Gaston Gèze, spécialiste de la science financière, adopte la même conception (22) ainsi que M. Henri Laufenburger (23).

Certains auteurs soulignent que maints procédés de recouvrement des impôts subsistent en matière de Sécurité sociale : l'article 53 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 a maintenu la voie de la procédure sommaire, laquelle confère à l'Administration des Contributions Directes, le droit de poursuivre le recouvrement des créances des organismes,

(15) P. Durand, *Vers une crise de la Sécurité sociale*, Dt Social, mars 1951.

(16) L. Troabas, *Précis de Science et Législation financière*, 10^e Ed. N° 180.

(17) Cf. Arrêt Cass. Belgique, 2 mars 1936, Pas. 1936, 1.170.

(18) P. Durand, *Pol. Cont. de S.S.*, p. 289.

(19) F. Netter, *Notions essentielles de Sécurité sociale*, n° 30, p. 52.

(20) P. Durand, *Op. cit.*, p. 289.

(21) Demontis, *Revue des faillites* 1937, p. 557.

(22) *Journal des Finances* 1950, 15 janvier.

(23) *Rev. de Science et Légis. financ.* 1951, n° 1, pp. 340 et 341.

ainsi rendues exécutoires par un arrêté du Préfet. La contrainte, instituée par la loi du 1^{er} septembre 1951, est un procédé qui s'apparente aux contraintes administratives et marque le transfert à la Sécurité sociale de certaines prérogatives de la puissance publique, autre élément de preuve de la nature fiscale des cotisations. Ce dernier argument manque cependant de base juridique, depuis que l'ordonnance du 7 janvier 1959 assimile la contrainte à un véritable jugement par défaut comportant notamment le bénéfice de l'hypothèse judiciaire. Ladite ordonnance entraîne la disparition de toute analogie avec les contraintes administratives, lesquelles sont des actes administratifs ne pouvant pas comporter les effets d'un jugement au même titre que la contrainte visée par le président de la commission de 1^{re} instance, magistrat de l'ordre judiciaire.

Au sujet de la procédure sommaire, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 30 septembre 1955 (24), souligne que « cette disposition se borne à conférer aux organismes de Sécurité sociale un privilège destiné à faciliter le recouvrement des cotisations et n'a pas pour effet de modifier le caractère juridique de ces dernières, ni d'instituer une *taxe assimilée aux contributions directes* ». Cette appréciation est aussi celle de la Cour d'Appel de Paris du 9 juin 1954 (25), qui note « la différence entre les cotisations dues aux Caisses et l'impôt qui couvre l'ensemble des charges de l'Etat, en soumettant les Caisses de Sécurité sociale, contrairement au Trésor, aux règles du droit commercial en matière de faillite ; ainsi elles sont tenues de faire vérifier leurs créances et se voient opposer le dessaisissement et la suspension des poursuites individuelles ».

Une conception purement « fiscale » ayant des difficultés à s'imposer, une partie de la doctrine soutient une opinion voisine mais au contenu à la fois plus large et moins précis : la cotisation est une dette parafiscale (26). Cette idée répond mieux à la spécialisation des ressources de la Sécurité sociale avec l'anonymat de l'impôt et la règle de sa non-affectation. Elle s'harmonise davantage avec l'autonomie de gestion administrative et financière dont jouit la Sécurité sociale. Les cotisations seraient des impôts affectés (*imposto di scopo*) ou impôts à destination spéciale (27). En ce cas leur caractère de dette civile serait confirmé. De rares décisions de jurisprudence, sans grande portée pratique, ont affirmé la nature parafiscale des cotisations (28) en concluant pourtant, assez paradoxalement, que celles-ci ont un caractère commercial dans le cas où elles sont dues par un commerçant (29).

Cependant la loi du 25 juillet 1953, qui réglemente les taxes parafiscales, a expressément exclu de son champ d'application les organismes de Sécurité sociale, alors que le décret 61-31 du 11 janvier 1961 (J.O.

(24) Bull. Jurid. S.S. 47 : 1955. C. 2 AS Rose.

(25) Bull. Jurid. S.S. 28 : 1954. C. 4 AS Rose.

(26) Julien Laferrière et Marcel Waline, *Traité de Science et Législation financière*, 1952, pp. 247, 248.

(27) P. Durand, *Op. cit.* p. 290, n° 133.

(28) Trib. de Comm. de Pontoise 24 juin 1952 (Bul. Jur. 37/1952 c4 AS Rose).

(29) Cour d'appel Paris 12 juillet 1954 (Bul. Jur. 1954, 35 c4 AS).

12 janvier) relatif aux obligations fiscales et parafiscales des soumissionnaires de marché public, range les cotisations de Sécurité sociale dans le groupe des obligations parafiscales (30). Ces contradictions révèlent l'insuffisance d'une explication « fiscale » qui est mise en évidence par ses détracteurs : ceux-ci affirment que les cotisations patronales sont un accessoire de la rémunération du travail.

2) *La thèse de la cotisation, élément du salaire.*

C'est la thèse adoptée par ceux qui rejettent la conception « fiscale » (31) à laquelle ils reprochent d'être entachée de deux vices essentiels.

D'abord, les taux de cotisations devraient être fixés par la loi et non par décret ou simples arrêtés ministériels : la délégation de la loi au pouvoir réglementaire serait inconstitutionnelle comme allant à l'encontre des dispositions de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature relèvent des représentants de la Nation. Cet argument a été retenu sous l'empire de l'ancienne constitution : le Tribunal correctionnel de la Seine (32) a acquitté un avocat de la Cour d'Appel de Paris qui avait soutenu que les arrêtés ministériels pris en cette matière n'étaient pas conformes aux lois. Il s'agissait, en l'espèce, de l'arrêté en date du 2 août 1946 relatif à la fixation de la cotisation personnelle des allocations familiales. Cependant, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 12 janvier 1951 (33) a admis la légalité de l'arrêté ministériel. En outre, le Conseil constitutionnel du 20 décembre 1960 (*J.O.* 31 décembre) a reconnu au pouvoir réglementaire, le droit de fixer le taux des cotisations qui sont exclues ainsi du domaine de la loi ; le caractère fiscal ne peut plus être soutenu.

Le second argument s'appuie sur un principe constitutionnel général : l'impôt est égal pour tous les citoyens et une institution nationale ne saurait être légalement financée que par la Nation toute entière. En Angleterre, le trésor supporte depuis le 5 juillet 1948 la plus grande partie des charges sociales lesquelles représentent une contribution de la Nation. En France, ce sont les seuls « travailleurs indépendants », par exemple, qui supportent la charge du financement des prestations familiales de leur groupe social (34) : leur cotisation n'est donc pas un impôt. Quant aux cotisations patronales des employeurs, il paraît difficile de les assimiler à l'impôt « qui s'analyse en un prélèvement opéré par l'Etat sur les facultés des contribuables » (35) ; précisément leur assiette,

(30) Cet argument avait été retenu par le Tribunal de Commerce de Moulins dans un jugement du 21 juin 1962 (non publié) qui refuse la déclaration de faillite d'un commerçant à la demande de l'URSSAF (Cf. *Traité de la SS.*, pp. 169 et 170).

(31) Henri Fuss. *Recueil de Science et Législation financière*, 1951, n° 1, pp. 285-293

(32) Seine 26 juillet 1950, G.P. 1950, II, 162.

(33) *Revue de Dt. Public*, 1951, n° IV, p. 895, note Waline.

(34) Perraud-Charmantier, G.P. 1952 I Doctrine, p. 30.

(35) Allix. *Traité de Science des Finances*, p. 446.

le salaire, varie selon la nature de l'activité exercée, laquelle exige l'emploi d'une main-d'œuvre plus ou moins abondante, sans rapport avec les revenus que procure cette activité. Il n'existe donc aucun lien entre l'imposition et les facultés contributives.

Liées au salaire, les cotisations patronales trouvent leur cause génératrice dans le travail de l'assuré. En versant une cotisation, le patron constitue au profit de l'ouvrier une assurance qui est un élément de valeur inclus dans le patrimoine de ce dernier et, par conséquent, une forme de rémunération (36). Telle est la position d'une grande partie de la doctrine (37). M. Gauguier critique fortement l'arrêt de la Cour de Cassation du 30 juillet 1949 et considère que les cotisations patronales sont, pour le salarié, des avantages qui complètent la paie et rémunèrent le travail fourni, avantages pris en considération par le travailleur lorsqu'il a évalué le gain total qu'il pouvait espérer en contrepartie de son travail. L'employeur de son côté, en tient compte pour arrêter l'ensemble des sommes ou avantages complémentaires qu'il entend concéder à son personnel. Ils représentent donc bien un salaire au sens juridique du terme (38). Le même auteur souligne que les avantages consentis au salarié sont bien conditionnés par son travail puisque le droit naît lorsque le travail commence ; il disparaît avec l'interruption définitive de la prestation de travail (39). Certes, on peut soutenir que le versement de cette cotisation n'a nullement été débattu, n'a fait l'objet d'aucune discussion. Mais l'on sait que la rémunération peut être déterminée en partie ou en totalité autrement que par la libre volonté des parties (40) : le salaire minimum interprofessionnel garanti est fixé par la puissance publique. Au même titre, la cotisation professionnelle s'apparente à une fraction du salaire, retirée à la libre discussion des parties ; avec cette réserve qu'en raison de sa proportionnalité au salaire proprement dit, elle en suit les fluctuations et reste soumise indirectement, quant à sa valeur réelle, au résultat du débat employeurs-salariés dans le cadre du contrat de travail. M. Houin ne craint pas de considérer qu'elle est un moyen d'allouer aux travailleurs un supplément indirect de salaire, garanti par un privilège de même rang que celui qui affecte les salaires (41).

Cette théorie demeure cependant trop enfermée dans le cadre contractualiste des rapports du travail. Elle oublie que la dette des cotisations n'est plus contractuelle mais la conséquence d'une obligation légale, *lato sensu*, née d'un texte précis, résultant de la seule autorité de la loi

(36) Note Rouast s/ arrêt Cour de Cass. 30.7.1949 in Dall. 1949. 565.

(37) Gauguier. *Lois Nouvelles*, 1939, p. 158 ; Rouast et Givord. *Traité des A.T.* 202 ; Sachet et Gazier, *Traité des A.T.* 8^e Edition, III, 2563.

(38) Gauguier, *Note sur arrêt Cour de Cass.* 30.7.49, J.C.P. 1949, II, 5053.

(39) Gauguier, *Influence des lois sociales sur la consistance du salaire de base en mat. d'acc. du Trav.* J.C.P. 1948, I, 703.

(40) Ce fut le régime applicable du 1^{er} septembre 1939 jusqu'au 11 février 1950 où les salaires furent fixés par l'Etat.

(41) M. Houin. *La portée du privilège de la Sécurité Sociale dans la faillite*. Rev. Trim. Dt Comm. 1950, p. 3.

et dont le fondement réside dans l'article 1370 du Code Civil (42). L'avantage indirect que représente pour le salarié la cotisation patronale, ne dérive pas du contrat de travail, mais de la loi qui accorde à l'assuré un droit éventuel aux diverses prestations de Sécurité sociale, indépendamment des cotisations versées à son nom. S'il en était autrement, il faudrait inclure cet avantage indirect dans la rémunération soumise à l'impôt sur les salaires et lui faire supporter un nouveau précompte ouvrier, complété par de nouvelles cotisations patronales (43). L'impasse est évidente, l'option difficile : quelle que soit la conception que l'on condamne on est amené inéluctablement à aborder le problème dans l'autre sens. La thèse « fiscale » et la thèse du « salaire » ont à la fois tort et raison, ainsi que le démontrent les objections que l'une et l'autre soulèvent.

B. — LES OBJECTIONS ET LA CONCEPTION UNITAIRE ET MODERNE DES COTISATIONS SOCIALES.

Ces objections s'adressent également à la jurisprudence et à la doctrine puisque ces thèses ont été soutenues par l'une comme par l'autre ; il est donc difficile de les dissocier dans notre analyse critique. Les unes, formelles, portent sur la façon dont le débat a été mené, beaucoup plus que sur les solutions adoptées ; les autres, réelles, présentent un intérêt théorique quant au fond du problème.

1) *Les objections de forme.*

La plupart des auteurs, attachés à la jurisprudence traditionnelle, critiquent la position nouvelle de la Cour Suprême sur la base des données anciennes ; ce faisant ils restreignent la portée de leur action et la limitent par trop à l'interprétation des textes dont la constante mobilité en rend l'exégèse hasardeuse.

L'arrêt du 12 février 1946 et les décisions qui suivirent, jusqu'au renversement de la tendance qu'elles exprimaient, ne traitent de la nature juridique de la cotisation assurances sociales que par un détour, son inclusion ou non dans le salaire de base des accidents du travail. C'est superposer deux lois qui évoluent dans deux sphères diamétralement opposées : la loi du 5 avril 1928 et la loi de 1898 (44), l'une destinée à couvrir les risques non professionnels (maladie, vieillesse), l'autre appelée à mettre à la charge de l'employeur la responsabilité du risque professionnel qui lui incombe en cette qualité et dont il peut se dégager par une assurance privée. L'inclusion dans le salaire de base semblait se justifier pour des raisons d'équité : l'article 21 du décret-loi du 29 juillet 1939 avait modifié l'article 10, § 1^{er}, de la loi de 1898, en

(42) Commission de 1^{re} instance de Villefranche s/Saône du 8 février 1951. Bull. Jur. 14, 1951 c4 AS Rose.

(43) *Traité de la Sécurité Sociale*, Titre III, Chapitre V, p. 190. 9.

(44) Maurice Costes. *Note sous Limoges* 10 novembre 1936, S. 1937, II, 113.

décidant le maintien des allocations familiales pendant la période d'incapacité temporaire ou permanente. Cotisations ou prestations d'allocations familiales sont donc exclues du salaire de base, sous peine d'aboutir à un cumul que rien ne justifie. Le cumul est admissible par les assurances sociales car la majoration de rente qu'il entraîne répare l'absence de cotisations inscrites au compte individuel sous le régime de la capitalisation. Faire appel à la nature juridique des cotisations pour expliquer un tel cumul c'est conclure, *a contrario*, que la cotisation accidents du travail, comme la cotisation allocations familiales, n'est pas un complément de salaire ni la contrepartie du travail. C'est bien ce que soutient pourtant la doctrine qui ne confère pas la même nature juridique aux diverses formes de cotisations patronales selon leur origine (45), pour critiquer l'arrêt de la Cour Suprême du 30 juillet 1949.

Celle-ci, d'ailleurs, porte l'essentiel de son argumentation sur les innovations du Régime par rapport au droit antérieur, et non sur l'interprétation des textes qui ne pouvait amener qu'une conclusion : l'article 103, alinéa 1^{er} du décret du 31 décembre 1946, ne mentionne pas l'exclusion des cotisations patronales du salaire de base. Il s'agit en fait d'un oubli ou d'un manque d'harmonie dans des textes élaborés hâtivement et parfois sans unité. Erreur que devait réparer le décret du 24 mars 1953 (46). Il est difficile, en effet, dans le nouveau régime, de faire une différence entre les diverses contributions de Sécurité sociale imposées à l'employeur (47) et qui sont versées à un fonds commun sans individualisation préalable, sauf une différenciation quant à leur affectation précise, relevant d'une pure technique comptable. L'argument selon lequel les cotisations ne sont plus individualisées n'est pas en lui-même déterminant car, sous le régime des assurances sociales, seule la cotisation vieillesse, fraction de la cotisation assurances sociales, est inscrite au nom de chaque assuré ; pour le surplus et pour la cotisation allocations familiales le système de la répartition a déjà valeur de principe. Seule échappait la cotisation accidents du travail. La loi du 30 octobre 1946, en intégrant le risque professionnel dans l'organisation générale de la Sécurité sociale, devait lui enlever le caractère de prime d'assurance de responsabilité de l'employeur et lui retirer tout particularisme.

Reste une objection plus décisive : le salaire ou les compléments contractuels sont caractérisés par le droit de l'ouvrier de les percevoir à titre *individuel* ou *privatif*, ce droit fût-il *éventuel*, et de les inclure dans son patrimoine (48). Il est évident que le travailleur ne dispose pas d'une telle prérogative à l'égard des cotisations patronales quelle qu'en soit l'origine. Le législateur leur a donné une destination précise : la constitution des ressources nécessaires au fonctionnement de la Sécurité

(45) J. Gauguier. *Op. cit.* J.C.P. 1948, I, 703 ; *Contra* : Herzog. *Les Caisses de Sécurité sociale sont-elles recevables à demander la faillite d'un commerçant ?* R. Trim de Dt. Civil 1951, p. 24.

(46) *Qui exclut les cotis. patron. de SS du salaire de base*, J.O. 28.3.1953, J.C.P. 1953 III 17732.

(47) Circ. minist. 266 SS du 19.9.1947.

(48) Voir les attendus des arrêts de la Cour de Cassation des 30 juillet 1949 et 8 juillet 1953.

sociale ; on ne peut considérer qu'elles soient rentrées, même fictivement, dans le patrimoine individuel de l'assuré. Il est exact, en effet, que sur le plan juridique, l'esprit de la loi envisage deux patrimoines distincts : celui de l'ouvrier et celui du patron, tenus l'un et l'autre d'un versement propre, spécial, tiré de leurs éléments particuliers (49). Mais cotisations ouvrières et patronales ne s'en détachent que pour se confondre dans un patrimoine collectif différent, autonome, ayant ses propres règles spécifiques ; il est, dès lors, illusoire d'établir entre elles une distinction quelconque, car l'une comme l'autre n'ont fait l'objet d'aucune appropriation privée à leur origine parce que frappées de la même indisponibilité en raison de leur finalité commune : le seul profit futur et éventuel du salarié.

2) *Les objections de fond.*

Certes, les textes n'ont pas été modifiés mais tout le cadre de l'institution, dans laquelle ils sont appelés à jouer, s'est transformé. Dire qu'il y a des cotisations patronales et ouvrières est une fiction. Leur cause génératrice commune est le travail ; leur finalité est identique : constituer un nouveau bien dont la propriété collective ne sera individualisée que lorsque apparaîtra le besoin. Au dualisme subjectif des cotisations, selon la personne tenue de l'obligation, fait place l'unité objective des cotisations de Sécurité sociale derrière laquelle s'effacent les débiteurs désignés par la loi. Les cotisations de Sécurité sociale dans leur ensemble sont bien un élément du salaire quant à leur cause ; quant à leur finalité, elles représentent une fraction du salaire qui échappe à toute appropriation privée.

a) *Le caractère illusoire du double fondement des cotisations.*

Comme l'observe M. Alvin (50) « la masse des cotisations de Sécurité sociale constitue un salaire redistribué sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les étiquettes « patronales » ou « ouvrières » qui recouvrent les unes et les autres et qui ne constituent qu'une réminiscence historique d'un passé révolu ». Pour mettre ce fait en évidence il suffirait de relever tous les salaires bruts du montant des cotisations dites « patronales » et de prélever sur le salaire total ainsi obtenu une contribution ouvrière unique.

α — La technique de financement masque la réalité juridique.

L'existence de deux catégories de dettes n'est qu'une conséquence d'un simple moyen technique de financement du salaire social. La technique utilisée peut varier ; le résultat de l'opération ne s'en trouve pas modifié. Il est illusoire d'affirmer, comme le souligne la jurisprudence, « que la cotisation ouvrière demeure toujours un élément du salaire

(49) Note Maurice Costes. *Op. cit.*

(50) Droit social 1948, p. 334.

parce qu'elle est prélevée sur le salaire, alors qu'il n'en est pas de même de la cotisation patronale qui n'est pas entrée, même fictivement, dans le patrimoine de l'assuré » (51). Cette analyse, faisant appel à une double fiction qui est contredite par la réalité juridique, reste trop subjective.

L'employeur ne prélève pas sa propre cotisation sur son propre patrimoine. Pour lui, elle constitue un sursalaire qui doit être inclus dans ses prix de revient et figurer dans sa comptabilité sous le même titre « de salaire » ou encore de « charges sociales » (52). Il eût fallu, pour qu'elle soit issue de son patrimoine, que le prélèvement porte sur son revenu ou sa fortune acquise ; telle n'est pas la technique financière utilisée. Le salarié, de son côté, subit le précompte opéré par l'employeur (53). Cette opération traduit-elle un prélèvement ? Pas nécessairement. Certes, la cotisation ouvrière s'apparente à une retenue à la source dont l'employeur est le collecteur ; mais le salarié n'en a jamais la disposition : le refus de la subir n'est-il pas une cause de rupture du contrat aux termes de l'article 125 du Code de la Sécurité sociale ? Ce texte envisage une seule exception : il reconnaît l'impossibilité du précompte lorsque le salarié est rémunéré à l'aide de pourboires qu'il reçoit directement ou par l'entremise d'un tiers. L'assuré lui-même, comme détenteur du précompte et non en tant que « propriétaire », le « reverse entre les mains de l'employeur », en tout état de cause, seul responsable civilement et pénalement du versement de la contribution ouvrière. Le salarié n'a aucun droit privatif ou individuel sur cette cotisation : les seuls éléments qui tombent dans son patrimoine et dont il a la libre disposition sont représentés par le salaire net, une fois opérées toutes les déductions légales ou conventionnelles. Il suffit pour s'en convaincre de retenir l'hypothèse où le salarié malade perçoit l'intégralité de son salaire en vertu d'une clause du contrat de travail : l'employeur est subrogé aux droits du salarié dans le paiement des prestations versées par l'institution de Sécurité sociale. Celles-ci n'étant soumises à aucune opération de précompte, le salarié percevrait indirectement la valeur du précompte afférent à cette partie de rémunération exonérée de charges sociales. Il n'en est rien. Le salarié ne peut, en tout état de cause, dans cette éventualité, recevoir un salaire supérieur au *salaire net* qu'il aurait perçu s'il n'avait interrompu son activité. La science fiscale confirme cette analyse : même fictivement, la cotisation ouvrière n'a pas pénétré dans le patrimoine du salarié, sinon elle aurait représenté un des éléments passibles des taxes et impôts : or elle jouit de l'immunité fiscale au même titre que les cotisations patronales.

(51) Arrêt Cour Cass. du 8 juillet 1953, Aff. Lorig, D. 1953. 627.

(52) Douard, *Revue de la Sécurité sociale*, 1947, XI/I.

(53) Article 124 du Code de la S.S. : « la contribution ouvrière est précomptée sur la rémunération ou gain de l'assuré lors de chaque paye ».

β — L'analyse économique et l'unité objective des cotisations de sécurité sociale.

Cette franchise d'impôt qui affecte l'ensemble des cotisations dénote la profonde unité de leur nature juridique. Nous sommes en présence de cotisations dont la double terminologie n'est que la traduction des mécanismes financiers mis en œuvre pour en assurer la perception de la façon la plus psychologiquement et politiquement admissible auprès des redevables (54). Ces techniques justifient ainsi arbitrairement la participation des diverses catégories sociales à la gestion des institutions appelées à les recevoir.

La Commission Régionale d'Appel d'Orléans, statuant comme juridiction de renvoi le 20 juin 1950, le souligne en indiquant que les « cotisations versées par le salarié constituent une épargne forcée et celles versées par l'employeur un salaire différé dont le montant s'oppose à l'augmentation du salaire en espèces ; qu'ainsi le salaire doit être défini : toute somme versée en espèces ou en nature ou mise en réserve en vue des prestations futures entrant dans les prévisions de rémunération de chacune des parties » (55).

Épargne forcée ou salaire différé, il s'agit dans un cas comme dans l'autre, d'un salaire mis en réserve collectivement au seul profit des salariés sans qu'aucun ne puisse prétendre à une part indivise, parce que ne disposant pas de droit privatif de propriété individuelle. Ceci confirme bien l'analyse économique ; une division scinde en deux parties la masse des revenus ouvriers : le salarié perçoit un salaire direct, un salaire destiné à assurer ses besoins immédiats ; l'autre partie, représentée par les cotisations calculées en fonction de ce salaire direct, ne lui est pas allouée au moment de la paie mais mise en réserve, non à son profit exclusif, mais au profit de tous les salariés. Ce nouveau patrimoine autonome, géré par un tiers, est la propriété collective des salariés : il est composé d'une fraction du salaire, affectée dans l'intérêt commun. Ce n'est que lorsque le besoin apparaît qu'il s'individualise à nouveau et que le droit d'appropriation privée renaît. Notre droit moderne connaît des institutions similaires : la masse des biens communs au sein de la communauté légale n'est-elle pas une fraction des biens propres à chaque époux, détachée de leur patrimoine respectif, et affectée dans l'intérêt du ménage et des enfants ? (56)

On assiste ainsi à un même phénomène de « collectivisation » interne dont le cadre n'est plus la famille, cellule étroite et limitée, mais le groupe social et parfois la collectivité toute entière.

(54) M. Netter, *Op. cit.* n° 30, p. 52.

(55) J.C.P. 1950 II 5875.

(56) M. Guy Lambert, *Cours de licence. Faculté de droit de Nice* (inédit).

b) *Les cotisations sociales, élément constitutif du salaire « social » et produit du travail « collectivisé ».*

Ce salaire « socialisé », qui trouve sa source dans l'ensemble des cotisations, n'a-t-il pas, dès lors, pour fondement, le travail de chaque salarié ? Les traditions et fictions juridiques ont fait croire aux salariés que l'alimentation de ce fonds commun pouvait être assurée par d'autres qu'eux-mêmes : le fait est que la rémunération directe ou indirecte versée par le patron ne peut être que la contrepartie fidèle, la représentation exacte de la force de travail prêtée par l'ouvrier : on ne peut concevoir un salaire individuel ou collectif sans prestation de travail. Certes, la cotisation patronale n'est pas inscrite dans le contrat de travail, mais la loi a néanmoins voulu qu'elle soit due à l'occasion du travail dès sa conclusion, sans qu'il y ait nécessité à l'y faire figurer. Cet avantage indirect est bien effectif, réel, puisqu'il amène le salarié à se contenter d'une rémunération en espèces moindre, inférieure en tout cas à la valeur de ce qui lui est équitablement dû et qu'à vrai dire il eût jugé insuffisante si la cotisation patronale, fournissant un appoint nouveau, n'était venue le majorer dans une proportion appréciable (57).

C'est bien l'avis de la Commission Régionale d'Appel d'Orléans précitée (58) : « ...attendu que la législation des assurances sociales n'a en rien modifié les rapports juridiques existant entre employeurs et salariés antérieurement à la loi du 30 octobre 1946 ; *qu'en effet le salaire est toujours* fonction d'un travail fourni pendant un certain temps et parfois avec un certain rendement... que l'ampleur de l'organisme de perception des cotisations et de paiement des allocations, le système de gestion adopté, la non-individualisation actuelle des sommes perçues et l'abandon de l'ouverture et du jeu du compte spécial à chaque assuré, procédé autrefois adopté, sont des problèmes d'administration et de comptabilité susceptibles de solutions techniques diverses, *sans aucune portée juridique sur la nature du salaire* et la composition de ses accessoires..., que le fait de l'obligation des cotisations patronales ne modifie en rien le contrat de travail, chacun, employeur et salarié, sachant lors de l'embauchage quelles sont les charges incombant à chacun d'eux ».

La dissociation purement formelle entre cotisation ouvrière et cotisation patronale ne change pas la destination commune de celles-ci, qui sont « destinées aux ouvriers, de sorte qu'ils peuvent justement prétendre que les charges sociales sont, en réalité, prélevées sur leurs propres salaires » (59). M. Viatte estime cette opinion des organisations ouvrières irréfutable : « Les charges sociales, disent-elles, sont un élément du salaire ; c'est un *salaire social*. Si vous ne le donniez pas, vous seriez obligés de donner des salaires nominaux plus élevés, car vous ne pourriez pas donner au père de quatre enfants ce que vous donnez au célibataire. Les revendications ouvrières s'aligneraient sur les

(57) Maurice Costes, *Op. cit.*

(58) C. R. Orléans du 20 juin 1950, *Op. cit.*

(59) F. Netter, *Op. cit.*, p. 46, n° 23.

besoins du père de famille et vous n'y gagneriez rien » (60). D'ailleurs les charges sociales elles-mêmes disparaissent en tant qu'accessoires du salaire si la mécanisation diminue les frais de main-d'œuvre.

Le rejet de la thèse des cotisations sociales, élément constitutif du salaire, par la Cour Suprême les 30 juillet 1949 et 8 juillet 1953, est donc inexplicable. Il l'est d'autant plus qu'elle a adopté une position diamétralement opposée dans cinq arrêts du 27 mai 1957, après délibération en Chambre du Conseil. Il s'agissait, dans les affaires qui lui étaient soumises, de se prononcer sur la nature civile ou commerciale des dettes de cotisations de Sécurité Sociale, question qui évoque le droit des organismes créanciers de se porter demandeurs en déclaration de faillite ou de règlement judiciaire, en cas de non-paiement des charges sociales. Tout créancier a le droit de demander la faillite de son débiteur commerçant, que sa créance soit de nature civile ou commerciale. Mais si la créance est de nature civile, il faut qu'il établisse que le débiteur ne paie pas ses dettes commerciales (61) ; pratiquement, il est donc désarmé, cette preuve étant le plus souvent difficile à apporter.

Les dettes fiscales sont généralement considérées comme étant de nature civile, bien que, dans certains cas, on n'ait pas précisé de quelle dette fiscale il s'agissait (62) : une distinction paraissant s'imposer entre l'une d'elles, la patente, qui se rattache à l'exercice du commerce, et les autres qui n'ont aucun rapport avec les activités du commerçant. Ce sont des dettes du citoyen et non des dettes du commerçant. Dans ces conditions l'assignation en faillite est irrecevable, le non-paiement d'une dette fiscale ne constituant pas, en soi, le fait de la cessation des paiements.

Dans son arrêt du 8 juillet 1953, la Cour Suprême, en donnant une double nature juridique aux cotisations en fonction de leur origine, laisse subsister un doute sur la solution du problème. Les Caisses sont-elles recevables à demander la faillite d'un commerçant (63) ? La jurisprudence fut longtemps divisée. Dans certaines de ses décisions, celle-ci se prononça dans un sens favorable, considérant que le contrat de louage de services est, au regard du commerçant, un acte de commerce (64) (art. 632 du Code du Commerce).

Donc, l'obligation de l'employeur commerçant envers les Caisses est de nature commerciale. Cette conception se rattache directement à la thèse de la commercialité admise par la doctrine (65) qui souligne la relativité de la notion de dette commerciale ; dans sa célèbre formule, M. Thaller met en évidence cette sorte de présomption : « la commer-

(60) Ch. Viatte, *Qui supporte les charges sociales ? Droit social* 1951, p. 46.

(61) Req. 3 novembre 1909, D. 1910. I. 224, Req. 13.2.1940, DC 1941 11.

(62) Ch. des Requêtes 20 novembre 1958, DP. 1929, I.151.

(63) J.L. Herzog, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1951, p. 24.

(64) Paris 9 juin 1954, D. 1955-92, Conclusions de l'avocat Lindon ; Paris 29 avril 1953, D. 1954-315 ; Paris 12 juillet 1954, D. 1955-95 ; Paris 18 novembre 1954, D. 1955. Som. 43 ; Orléans 20 novembre 1955, Besançon 21 octobre 1954, G.P. 1955 5 210 et 211 ; Rennes 16 octobre 1956, D. 1956-747 ; Tb. Com. Nice 2 décembre 1952, D. 1953-52, G.P. 1953 I 115.

(65) F. Derrida, Note au J.C.P. 1956 II 9232, S/Cass. Com. 3 janvier 1956.

cialité part de l'acte, frappe la personne, puis, en vertu d'un choc en retour, elle retombe sur les autres, afin d'en saisir un plus grand nombre » ; de sorte que peu d'obligations ont pour le commerçant, le caractère d'obligations civiles. D'autres tribunaux, assimilant la créance des Caisses à une dette fiscale, rejetèrent les prétentions de celles-ci, quelle que soit la qualité du débiteur (66).

La Cour de Poitiers (67), le 7 décembre 1954, adopte une solution intermédiaire en harmonie avec la décision de la Cour Suprême du 8 juillet 1953. Elle admet la déclaration de faillite pour non-paiement des cotisations ouvrières, élément de même nature que le salaire dont elle fait partie, tout en écartant le caractère commercial pour les cotisations patronales.

La Cour de Cassation, le 25 mai 1957, ne s'embarrasse guère de ces distinctions subtiles. Les cinq arrêts rejettent, dans les mêmes termes, la thèse fiscale, en soulignant que « les cotisations de Sécurité sociale ne peuvent être considérées comme un impôt prélevé par l'Etat et destiné à subvenir aux dépenses publiques », et considèrent que « l'obligation qui incombe à l'employeur d'en acquitter le montant, se rattachant à l'activité commerciale de ce dernier, a elle-même un caractère commercial ». La Cour Suprême précise sa pensée en soulignant que les contributions — entre lesquelles elle n'établit aucune distinction — bien qu'imposées par la loi n'en sont pas *moins dues à l'occasion du travail accompli par le personnel* de l'entreprise (68).

Les cotisations sont prélevées sur le « prix du travail » : le produit du travail est en partie « collectivisé », mis en réserve pour des besoins futurs. Le travail est donc bien le fondement, la cause juridique des obligations de l'employeur et du salarié. Les cotisations « sociales » forment un tout indivisible. Regroupées sous ce dénominateur commun, elles correspondent davantage à la réalité économique et sociale. Abolir tout ce qui, dans l'esprit de la loi, les distingue les unes des autres, c'est abolir tous les caractères spécifiques de la cotisation patronale. Mais c'est aussi en dévoiler la véritable nature de fraction du salaire, l'exclure inéluctablement du patrimoine du patron, libérer celui-ci d'une charge qu'il ne supporte pas, parce qu'elle est, en réalité, une charge de l'entreprise, au même titre que la cotisation ouvrière et le salaire lui-même.

Il est illusoire, dès lors, d'établir une distinction entre les cotisations versées par l'entreprise pour ses salariés et celles versées par les non-salariés

(66) Amiens 16 juin 1953, D. 1953, 669 ; Lyon 18 décembre 1953, D. 1954, 115 ; Grenoble 23 février 1954, D. 1954, 422 ; Poitiers, 29 septembre 1954, D. 1955, 105 ; Trib. Com. Seine 10 février 1955, D. 1955, 154.

(67) Gaz. Pal. 1955 I 211.

(68) C.P.S.S. Ille-et-Vilaine c/Cassigneul : Pourvoi formé contre arrêt de la Cour de Rennes du 3 mars 1955 ; C.A.F. St-Etienne c/ Sarl RICOMEPA : Pourvoi contre Cour de Lyon du 18 décembre 1953 ; Sarl A.G.C. c/URSSAF : Pourvoi contre Cour de Paris du 20 décembre 1954, G.P. 1957 II, p. 43 ; C.P.S.S. Loiret c/Cadenat : Pourvoi contre Cour d'Orléans du 7 juin 1954 au Dalloz 1957, p. 428 ; C.A.F. Ille-et-Vilaine c/Cassigneul : Pourvoi contre Rennes du 3 mars 1955 ; Chronique Nectoux, G.P. Doct. 1957. II. 17.

eux-mêmes, à titre personnel, aux Caisses Vieillesse ou aux Caisses d'Allocations. Dans les deux cas, il y a bien prélèvement sur le revenu des intéressés. Chaque groupe social assure bien sur ses propres ressources le financement de son propre fonds commun.

Un seul trait les sépare encore : il n'y a rien de commun entre le salaire et les autres revenus professionnels ; mais le mécanisme qui donne naissance, soit au « salaire » social, soit au « revenu » social est identique.

La valeur juridique du concept de salaire social se vérifie-t-elle aussi dans sa finalité ?

SECTION II

LA NATURE JURIDIQUE DES PRESTATIONS DE SECURITE SOCIALE

Les prestations représentent l'individualisation du « fonds commun » qui fera réapparaître le droit privatif de chaque assuré ou bénéficiaire, lorsque certaines conditions sont remplies. Est-ce à dire que la survenance d'un risque social est seule susceptible de donner à un droit conditionnel une existence juridique ? Le droit aux prestations sort-il du néant juridique ? Il est difficile de l'admettre en cette matière où le droit de l'assuré a une existence virtuelle, en tant que droit collectif indivis, portant sur la masse des cotisations, jusqu'à ce que l'événement interviennent. Celui-ci n'a pour effet que de faire naître à la vie juridique un droit individuel, au même titre que le partage concrétise le droit de propriété individuelle de chaque indivisaire. On ne peut parler de véritable droit conditionnel car la réalisation de l'événement, qui peut être le fait du hasard (maladie ou accident) ou dépendre plus ou moins étroitement de la volonté des parties (naissance, mariage), ne confère aucun effet rétroactif aux droits de l'assuré (69).

En outre, l'extrême diversité des prestations en rend l'analyse juridique délicate. La plupart des auteurs s'efforcent d'y parvenir en distinguant les risques sociaux et les charges sociales. « Nous opposerons la notion de charge à la notion de risque, dit M. Netter, et nous utiliserons le mot de charges pour exprimer les événements qui font surgir un besoin susceptible de compensation... Mais nous négligeons le fait que l'événement est déjà réalisé, qu'il est aléatoire ou non (70) ». Par là s'établit une opposition entre les prestations d'assurances sociales et d'accidents du travail d'une part, et les prestations familiales d'autre part ; les premières faisant partie de la catégorie générale des indemnités pour perte de salaire, les secondes s'apparentant à de véritables allocations d'assistance (71). Cette opposition découle de la différence entre

(69) Art. 1179 du Code Civil : La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.

(70) F. Netter, *Op. cit.* pp. 21, 22.

(71) Lyon-Caen, *Manuel de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, p. 371. n° 473.

les techniques de l'assurance privée et celles de l'assurance sociale. Alors que l'assurance privée, purement volontaire, ne peut accepter la couverture d'un risque déjà réalisé, l'assurance sociale, parce qu'elle est obligatoire, et qu'elle comprend nécessairement un nombre suffisant de bons risques, pourrait accepter l'indemnisation des risques antérieurement réalisés en vue de couvrir l'ensemble des éventualités susceptibles de diminuer les moyens d'existence de l'individu. Cependant, cette distinction entre les charges familiales et les risques sociaux, si elle paraît juste sur le plan moral où la présence d'enfants au foyer représente la conséquence normale du mariage à la différence du risque qui est un événement malheureux, s'estompe dans l'ordre technique. Le Droit français de la Sécurité sociale assimile les charges de famille, qui entraînent un abaissement du niveau d'existence, par la source des dépenses accrues qu'elles occasionnent, à de véritables risques sociaux. A la limite, on peut même admettre que l'évolution du droit de la Sécurité sociale se caractérise par la disparition de la notion de risque et par l'avènement d'une réparation reposant sur la notion de charge. La Sécurité sociale représenterait une indemnisation collective (72). Toutes ces analyses placent la discussion sur la base d'une conception trop subjective de l'indemnisation, dont la forme varie selon l'organisation qui la réalise.

Un effort d'objectivation conduit, au contraire, à admettre comme secondaires les mécanismes techniques et à donner la primauté aux fins sur les moyens. Qu'il s'agisse de la perte d'un gain ou d'un manque à gagner, il y a toujours appauvrissement de la victime dans un cas comme dans l'autre. Quel que soit le procédé de réparation, il a toujours pour objet de compenser cet appauvrissement, né du besoin causé par un risque social ou une charge de famille. Les prestations réalisent cette compensation pécuniaire en vue d'assurer à tous un niveau de vie suffisant.

Dès lors, le problème de la nature juridique de ces éléments de complément ou de remplacement se pose sur un autre terrain ; envisagés globalement, ils concourent au même but. Mais une option s'impose entre deux conceptions de l'idée de sécurité. Ou bien la Sécurité sociale est conçue comme la garantie d'un minimum vital, la collectivité se reconnaissant débitrice d'une dette alimentaire éventuelle à l'égard de chacun de ses membres, telle est la conception anglo-saxonne où l'accent est mis sur l'opposition qui sépare les salaires des indemnités alimentaires de la Sécurité sociale. Ou bien la Sécurité sociale peut se voir assigner la garantie des revenus ou plus simplement des salaires. Le droit des pays socialistes en fournit l'exemple le plus caractéristique. Un courant d'opinion se manifeste actuellement en Grande-Bretagne en faveur de cette dernière conception qui se rattache davantage à la notion d'assurance alors que la première évoque l'idée d'assistance. Le droit positif français participe à la fois de l'une et de l'autre conception : cette position à mi-chemin lui confère cette particularité originale de mettre en évidence l'existence du concept de salaire social, cohabitant avec le système du salaire individuel. L'évolution est presque achevée dans les pays socialistes. Le manuel d'économie politique de l'Institut d'Economie de l'Académie des

(72) M. Pierre Lavigne, *Risque social et charges sociales*. Dalloz 1948, chr. 89.

Sciences de l'U.R.S.S. (73) indique que « la force de travail ayant cessé d'être une marchandise, le salaire n'est pas le prix de la force de travail. Il exprime, non pas un rapport entre exploitateur et exploité, mais un rapport entre la société dans son entier, en la personne de l'Etat socialiste et le travailleur individuel travaillant pour lui, pour sa société ».

En France, les prestations sociales reposent sur l'idée que ces versements ont tantôt un caractère rémunérateur, tantôt un caractère indemnitaire. Est-il possible d'admettre la conciliation de ces qualifications contradictoires ? Une partie de la doctrine se refuse à concevoir une telle relativité des notions juridiques qui lui paraît suspecte à défaut d'une démonstration : la relativité d'une notion n'est pas un « *ultimum subsidium* » (74) en l'absence d'une théorie générale des « salaires d'inactivité ».

Le concept de salaire social ne permet-il pas alors de répondre à ces objections ? Il met en évidence que les prestations de Sécurité sociale, correspondant à des périodes d'inactivité, ont pour but de remplacer le salaire à titre indemnitaire, puisque le travail fourni pendant une période est la cause normale du paiement du salaire lui-même. Leur caractère indemnitaire découle directement de l'absence de prestation individuelle de travail pendant la période où elles sont versées. Il s'écarte cependant d'une notion étroite du salaire envisagée dans le cadre de la théorie traditionnelle du contrat de louage de services, en mettant l'accent sur un synallagmatisme beaucoup plus général qui s'est installé dans la durée. La garantie du salaire n'est plus la contrepartie mathématique du travail fourni, découpant la vie professionnelle en périodes successives et distinctes. La tendance moderne du droit du travail est en ce sens. Les prestations sociales ont un caractère rémunérateur dans la mesure où elles apparaissent comme la contrepartie de l'ensemble des services passés et futurs de l'individu (75).

SOUS-SECTION I

LE CARACTERE « INDEMNITAIRE » DES PRESTATIONS ET L'ABSENCE DE RELATION AVEC LA PRESTATION INDIVIDUELLE DE TRAVAIL

Le fondement indemnitaire des prestations de Sécurité sociale paraît, de prime abord, ne soulever aucun problème dans la mesure où l'on envisage que leur objet est la compensation d'un manque à gagner résultant, au sein du patrimoine du travailleur, soit de son inactivité forcée, soit d'une insuffisance de ressources due aux charges de famille.

(73) Page 452.

(74) Pour : Julliot de la Morandière, D. 1958, chr. 179 et s. ; Contre : Dupeyroux : le maintien du salaire et les recours contre l'auteur de l'accident. Dal. 1961, chr. 39.

(75) Julliot de la Morandière. « De la récupération par une administration des cotisations patronales afférentes au salaire versé en période d'invalidité. » Dal. 1961, pp. 125 et s.

Cette qualification semble, toutefois, déjà discutable pour les prestations familiales, l'existence d'enfants au foyer étant difficilement conciliable avec l'idée de risques ou de dommages à indemniser. A leur sujet, nous avons vu, au début de cette étude, que la jurisprudence, prenant en considération l'évolution législative qui a bouleversé la structure de l'institution, paraît avoir rejeté la thèse du sursalaire familial. N'étant plus accordées à titre de rémunération du travail accompli et à l'ouvrier lui-même, mais à toute personne, salariée ou non, assurant la garde ou l'entretien des enfants, les allocations familiales voient leur lien avec le travail salarié disparaître. Le droit à ces prestations est maintenu alors même que le salarié a perdu son droit au salaire. Enfin, certaines d'entre elles, telles les allocations maternité, n'ont aucun point commun avec le salaire. Leur intégration dans une politique générale de garantie des moyens d'existence, analogue à celle des assurances sociales ou des accidents du travail, leur retire donc tout caractère spécifique dans ce domaine.

Est-il possible, dès lors, si l'on considère l'ensemble des prestations de Sécurité sociale dans leur profonde unité, en tant que garantie des moyens d'existence, d'affirmer qu'elles procèdent d'une conception indemnitaire. La réponse à cette question ne semble pouvoir être donnée qu'en examinant pourquoi et dans quelles conditions s'ouvre le droit aux prestations. On peut y parvenir par un simple procédé d'analyse reposant sur deux idées.

— D'une part, l'institution de Sécurité sociale dans certains cas, dans ses relations avec les assurés se présente comme un simple « assureur en indemnités », chargé de compenser les risques entre les membres d'une collectivité déterminée. Cela suppose l'étude des procédés juridiques qui permettent à cet organisme-tiers de récupérer tout ou partie des prestations versées lorsque la victime est déjà totalement ou partiellement indemnisée par ailleurs, par un recours aux règles du droit commun de la responsabilité ou par des dispositions de caractère contractuel.

Le fait que la victime ne peut cumuler des réparations de diverses sources affirme dans cette mesure le caractère indemnitaire des prestations de Sécurité sociale.

— D'autre part, il faut tenir compte d'un second élément qui confirme le premier : les prestations sont allouées aux travailleurs dans le cas où, précisément, la relation de travail est suspendue ou interrompue. Surtout il se produit un phénomène de dissociation entre la qualité de bénéficiaire et celle de cotisant puisque le droit aux prestations devient progressivement indépendant du montant des cotisations versées, au point que le lien juridique qui les unit prend un caractère purement symbolique. Cette dissociation traduit la fonction « alimentaire » des prestations, et, par là, leur aspect indemnitaire.

Ainsi, d'une manière assez contradictoire la fonction « indemnificatrice » des prestations de Sécurité sociale paraît être démontrée, à la fois par la survivance de certaines techniques de l'assurance privée et par la disparition de cette même assurance au sein des mécanismes modernes de la Sécurité sociale.

PARAGRAPHE I

LA SURVIVANCE DES TECHNIQUES DE L'ASSURANCE PRIVEE

Les règles qui gouvernent le régime des prestations de Sécurité sociale font appel à deux techniques juridiques classiques qui apparaissent comme une transposition, voire même une survivance, dans le Droit de la Sécurité sociale, du jeu normal des règles du droit commun de l'assurance : la technique de la subrogation et celle qui résulte des dispositions de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale. Leur existence même témoigne combien le droit nouveau parvient difficilement à s'affranchir des anciens procédés, utilisés dans le cadre d'une législation des assurances sociales fondée sur des principes diamétralement opposés. Sous cet angle, cette « résurgence » revêt déjà un intérêt d'ordre intellectuel à contenu historique car elle permet de comprendre comment se transforment les institutions existantes et les stades successifs par lesquels s'effectuent les mutations. Mais l'étude de ces techniques présente un intérêt encore plus capital pour la théorie juridique dans la mesure où elles apportent la confirmation directe du caractère indemnitaire des prestations de Sécurité sociale.

En effet, d'abord, les organismes de Sécurité sociale, y compris les régimes spéciaux, disposent d'une action en subrogation leur permettant d'obtenir le remboursement des prestations servies à la victime ou à ses ayants droit contre l'auteur de l'accident lorsque celui-ci, à l'origine du préjudice causé à la victime, est imputable à une personne autre que l'employeur, la victime ou ses ayants droit.

En outre, les Caisses du Régime général sont fondées à poursuivre, auprès de l'employeur, le remboursement des prestations servies par eux aux bénéficiaires des législations de Sécurité sociale, lorsque les cotisations dont le paiement était échu antérieurement à la date de réalisation des risques du règlement des prestations ont été acquittées postérieurement à cette date. (Article 160 du Code de la Sécurité sociale.)

La reconnaissance, au profit des organismes, d'une action subrogatoire, procède de l'idée que la victime ne peut cumuler les prestations de la Sécurité sociale avec d'autres réparations comme les dommages-intérêts qu'elle peut réclamer à l'auteur du dommage sur la base de l'article 1382 du Code civil. Le rejet d'un tel cumul confère aux premières une fonction d'indemnisation puisqu'elles sont destinées à compenser partiellement le préjudice subi. Les organismes jouent le rôle d'assurance de dommages dans la mesure où la victime ne peut percevoir à la fois l'indemnité de responsabilité et l'indemnité d'assurance. Le caractère indemnitaire des prestations de Sécurité sociale paraît ainsi affirmé.

L'action en remboursement des prestations servies par les organismes de Sécurité sociale, basée sur l'article 160 du Code de la Sécurité sociale, a pour fondement la technique de l'assurance privée. La cotisation nécessaire au bon fonctionnement des institutions de prévoyance

sociale suppose, comme tout système d'assurance, le paiement régulier des cotisations aux échéances légales.

A l'intérieur des institutions, il y a échange de la prestation contre la cotisation. M. Hémard, dans son *Traité théorique et pratique des assurances*, définit « l'assurance comme une opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge l'ensemble des risques, les compense conformément aux lois de la statistique ». Sous l'empire de la loi du 30 avril 1930, les assurances sociales s'apparentent à une assurance privée de nature collective et obligatoire, ayant pour objet la compensation statistique entre les cotisations et les prestations. Le droit à la prestation est la conséquence du respect de l'obligation au paiement des cotisations. Le jeu normal des règles de l'assurance continue à produire ses effets : le droit aux prestations reste lié à l'exécution par l'employeur des obligations qui lui incombent. Le travailleur est bien un assuré qui ne peut bénéficier de la prestation qu'en échange de la cotisation (76). La loi du 6 janvier 1942, les ordonnances de 1945 ensuite, portant création des institutions de Sécurité sociale bouleversent ce processus classique. Le droit à la prestation n'est plus la contrepartie du versement de la cotisation. L'échange de l'une contre l'autre se réalise toujours au sein de l'institution, non plus à travers un rapport de droits subjectifs, mais dans le cadre de droits objectifs. Obligation à la cotisation et droit à la prestation sont dissociés : il n'y a aucune interdépendance entre eux, aucun rapport de droit. Le défaut de versement des cotisations ne peut être, pour l'assuré social, une cause de non-versement des prestations dès lors qu'il satisfait aux conditions requises pour l'ouverture des différents risques.

Cependant, la possibilité offerte aux organismes de récupérer les prestations versées, à l'encontre de celui qui n'a pas respecté l'obligation, représente une curieuse survivance de la technique de l'assurance privée. Son analogie avec l'article 16 de la loi du 30 juillet 1930, qui paralyse momentanément les effets du contrat d'assurance en cas de défaut de paiement de la prime à l'échéance convenue, est frappante. L'assureur, comme l'institution de Sécurité sociale (pour celle-ci d'une façon incidente), est dispensé de payer l'indemnité si le risque se réalise pendant la suspension du contrat. Une telle survivance ne confirme-t-elle pas indirectement le caractère indemnitaire des prestations sociales ?

A. — L'ASPECT POSITIF DU MÉCANISME DE LA SUBROGATION ET SES CONSÉQUENCES JURIDIQUES.

L'action subrogatoire instituée au profit des Caisses ou organismes faisant office de Sécurité sociale pose un problème délicat et riche en intérêt. M. J.-D. Bredin s'interroge pour savoir s'il n'est pas « présomptueux d'écrire encore sur un sujet où s'est peut-être épuisée l'imagination des

(76) Netter, *Op. cit.* p. 24, n° 5 et suivants.

juristes... » (77). Une bibliographie considérable sur le plan doctrinal et plus de 600 décisions de justice en sont la preuve. Nous n'envisagerons cependant ici la question de l'unité ou de la pluralité des recours en matière de Sécurité sociale qu'à titre accessoire, précisément pour dégager la nature juridique des prestations de Sécurité sociale.

La subrogation est un mode de transmission des obligations qui s'apparente à une cession de créance avec ces différences qu'elle n'est jamais une opération spéculative et qu'elle peut être imposée tantôt par le débiteur, tantôt par la loi, en dehors de tout consentement réciproque. Les auteurs sont unanimes pourtant sur un point : la subrogation légale de plein droit prévue par les textes spéciaux, et notamment en matière d'assurance privée, n'est pas celle du Code civil. Celui-ci, dans l'article 1251, alinéa 3, — qui pose un principe général — ne l'établit qu'en faveur « de celui qui, étant tenu avec d'autres, au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter ». Or l'assureur, lorsqu'il règle l'indemnité prévue au contrat, paie sa propre dette et non celle de l'auteur responsable du préjudice. La victime bénéficie donc d'un enrichissement sans cause, notamment en matière d'assurance de dommages, puisqu'elle peut cumuler les dommages-intérêts qui lui sont alloués, en vertu de l'action en responsabilité civile sur la base des articles 1382 et suivants, et l'indemnité d'assurance. La réparation peut être supérieure au dommage réel. L'article 1251 subordonne l'action subrogatoire à des exigences bien déterminées qui sont de droit « étroit » et commande une interprétation restrictive : un texte spécial, la loi du 30 juillet 1930, par son article 63, l'accorde à l'assureur, mais uniquement dans le domaine des assurances de dommages qui sont des contrats dits d'indemnité.

Le législateur admet, en revanche, la possibilité de cumul pour les assurances de personnes même pour les assurances contre les accidents, « l'assureur ne pouvant être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre ». (Article 55.) Cette distinction découle de l'idée que ces dernières sont des contrats d'épargne : le capital versé, évalué forfaitairement d'avance et non calculé sur le préjudice réel subi, n'a pas une fonction d'indemnisation. L'assureur n'a même pas d'action personnelle contre l'auteur de l'accident, car il ne subit aucun préjudice spécial, le capital devant, de toutes manières, être versé à l'assuré en vertu des stipulations du contrat (78). La notion de subrogation prend ici une physionomie spécifique qui marque une déviation de l'institution prévue par le Code civil ; elle est destinée à rendre certains services, à répondre à certains besoins. L'équité, la justice, commandent que l'assurance ne soit pas une source de gain pour l'assuré, ce qui motive l'opposition entre les deux catégories de contrat. C'est un moyen de concilier les intérêts en présence. L'action subrogatoire est autorisée ou non, selon que l'assurance a ou non une fonction d'indemnisation.

Cependant, alors que la loi du 30 juillet 1930 interdit la subrogation

(77) J.C.P. 1960. I. 1584.

(78) Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la Sécurité sociale*, n° 529, pp. 414-415.

dans l'assurance des personnes, en matière sociale la subrogation devient la règle. Par une sorte de contradiction interne, on transpose purement et simplement les règles de l'assurance de dommages dans la législation des assurances sociales et des accidents du travail. Techniquement, celles-ci ne semblent se différencier, en aucun point, d'une assurance de personnes dont l'objet est de garantir à l'assuré « le paiement d'une certaine somme d'argent en vue de l'arrivée d'un évènement concernant sa personne : décès, vieillesse (assurance en cas de survie), maladie, accident » (79).

Ce bouleversement des notions a-t-il pour effet de conférer aux prestations sociales un caractère « indemnitaire » ? Le problème ne se pose pas apparemment, en des termes similaires, selon que l'on envisage les prestations servies par les institutions de Sécurité sociale et les prestations statutaires attribuées à leurs agents, non seulement par certaines entreprises publiques ou nationalisées, mais aussi par l'Etat.

I. — *L'action subrogatoire des organismes de Sécurité sociale.*

Les recours des Caisses reposent sur deux textes qui s'éclairent mutuellement bien qu'ils soient rédigés différemment. En matière d'assurances sociales, reprenant les dispositions de l'article 61 de la loi du 30 avril 1930 et de l'article 25 § 3 du décret-loi du 28 octobre 1935, l'article 95 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 (Code S.S. article L 397) stipule : « lorsque l'accident ou la blessure dont l'assuré est victime est imputable à un tiers, les caisses de Sécurité sociale sont subrogées de plein droit à l'intéressé ou à ses ayants droit dans leur action contre le tiers responsable pour le *remboursement des dépenses que leur occasionne l'accident ou la blessure* ». L'article 96 précise que ce recours ne fait pas obstacle à l'action personnelle de l'assuré contre le tiers responsable.

En matière d'accidents du travail, selon l'article 68 de la loi du 30 octobre 1946 (Code S.S. article L. 470) comme déjà l'article 7 de la loi du 9 avril 1898, « si la responsabilité du tiers, auteur de l'accident est entière ou si elle est partagée avec la victime, la Caisse est admise à poursuivre le *remboursement des indemnités* mises à sa charge à due concurrence de l'indemnité mise à la charge du tiers ».

Cette subrogation n'est pas celle du Code civil puisque la Caisse n'est pas tenue au paiement de la dette de l'auteur du dommage : celui-ci est responsable sur la base des articles 1382 et suivants et doit une réparation intégrale. En revanche la Sécurité sociale n'alloue que des prestations fixées par la loi, inférieures en tout état de cause au dommage réel même en matière d'accidents du travail où joue la règle de la réparation forfaitaire. Les deux systèmes de réparation sont diamétralement opposés, l'un fait appel à la notion de faute, l'autre à la notion de risque. Ce n'est pas non plus la subrogation de la loi du 30 juillet 1930 qui ne l'autorise que dans les contrats assurant la couverture du préjudice réel subi. On est en présence d'un nouveau cas de subrogation légale ayant ses traits spécifiques : ici l'on entend le « droit pour les organismes de Sécurité sociale d'obtenir du tiers responsable le remboursement des

(79) L. Julliot de la Morandière, *Précis de Droit civil*, Tome II, p. 234.

« dépenses » ou « indemnités » qu'ils ont engagées » (80). Quel est le fondement de ce recours qui a sa source non dans les règles du Code civil qui sont supplétives de la volonté mais dans une législation d'ordre public ?

La justification de ce droit exorbitant ne saurait être trouvée en soutenant que les prestations sont la contre-partie des cotisations versées. Dans cette hypothèse la victime aurait sur elles un droit acquis définitif et le cumul serait permis, comme dans l'assurance privée de personnes, entre les prestations de Sécurité sociale et l'indemnité mise à la charge du tiers ayant pour fondement la faute de ce dernier. Alors, rien ne justifierait l'action subrogatoire des articles 397 et 470 du Code de la Sécurité sociale.

Cette subrogation ne peut s'expliquer que si l'on admet que les prestations sociales ont un caractère indemnitaire. Selon la formule que l'on retrouve dans tous les arrêts, c'est parce qu'elles « correspondent à une part de l'indemnité due à la victime par le tiers responsable » (81) ou selon la formule de la Chambre civile « correspondent à un élément du préjudice que la victime a souffert ».

Toute la construction jurisprudentielle repose sur l'idée que les versements des Caisses ont un caractère indemnitaire. Elle se vérifie d'abord dans un domaine bien particulier, celui de l'assurance-décès, qui plus que toute autre, ressemble pourtant à une assurance de personnes, ensuite, dans l'étendue du droit de recours des organismes.

a) *L'assurance décès et sa nature indemnitaire.*

Elle est le type même de l'assurance de personnes : son objet est, conformément à l'article 73 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, l'allocation d'un capital forfaitaire aux personnes qui sont à la charge effective et permanente du salarié au moment de son décès. La Caisse peut-elle exercer son recours, contre l'auteur de l'accident ayant entraîné la mort, pour le recouvrement de cette prestation ?

La question a donné lieu à de vives controverses en jurisprudence. Appelée à examiner cette difficulté, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juin 1951, (82) décide d'abord que la Caisse ne peut réclamer le remboursement du capital-décès car le paiement qu'elle fait à ce titre ne constitue pas pour elle un préjudice résultant de l'infraction pénale : « le versement du capital-décès incombe à la Caisse par l'effet d'un statut légal particulier et ne peut être considéré comme la conséquence directe de l'infraction ».

Ce faisant, la Cour suprême consacre la solution admise par la

(80) Conclusions M. Lindon. Arrêt Assemblée plénière du 30 juin 1960. D. 1961. J. Page 1.

(81) Assemblée plénière, arrêt du 16 février 1961.

(82) G.P. 1951. II. 416 ; D. 1951, 493.

(83) *Pour* : Pau, 25 octobre 1950, G.P. 1950, II, 340 ; Nancy, 20 octobre 1949, G.P. 1950, I, 6 ; Rouen, 5 mai 1949, D. 1950, Som. 13 ; Lyon, 6 décembre 1951, G.P. 1952, I, 81. *Contre* : Orléans, 19 mai 1950, G.P. 1950, II, 330.

jurisprudence dans son ensemble (83). La thèse consacrée ne fondait le recours de l'article L. 397 du Code de la Sécurité sociale que dans le cas où il y a relation de cause à effet entre la faute du tiers et les obligations des organismes : le versement du capital-décès est, en toutes circonstances, obligatoire pour la Caisse quels que soient l'âge de l'assuré et les circonstances de son décès ; il ne constitue pas une dépense véritable pour elle, étant effectué à l'aide d'un prélèvement sur les cotisations qui sont partiellement affectées à cet usage ; enfin l'allocation considérée n'a ni même cause ni même objet que les dommages-intérêts mis à la charge du tiers responsable.

Ayant eu à connaître de la question en cas d'accident du travail, la Chambre sociale de la Cour de cassation, par son arrêt du 8 mai 1952 (84), opte pour la même solution mais pour des motifs différents : l'article 68 de la loi du 30 octobre 1946, sur les accidents du travail, limite la subrogation de la Caisse aux indemnités dues en vertu d'un accident du travail, alors que le capital-décès est attribué en vertu de l'ordonnance du 19 octobre 1945, relative aux assurances sociales, dont l'article 95 refuse la subrogation de la Caisse en cas d'accident du travail (article 397 C.S.S.).

On pensait la question résolue, lorsque l'Assemblée plénière fut saisie, en application de l'article 41 de la loi du 23 juillet 1947, dans l'affaire *Veuve Lemaire contre Caisse Régionale d'Assurance Vieillesse de Paris*. Dans un arrêt du 16 juillet 1952 (85), rendu avec la participation de la Chambre criminelle, la Cour de cassation se prononce pour l'application du décret-loi du 28 octobre 1935. Elle renverse ainsi la jurisprudence en considérant « que c'est bien l'accident qui fait naître l'obligation pour la Caisse de verser le capital », lequel constitue bien « une dépense pour la Caisse, comme toutes les prestations dues par celle-ci », mais surtout parce que l'allocation du capital-décès ayant conformément à son but même un *caractère indemnitaire* à l'égard des représentants de la victime, la subrogation de la Caisse à leurs droits d'obtenir des dommages-intérêts de l'auteur de l'accident est justifiée ». Cependant l'Assemblée plénière n'a statué qu'à propos des accidents de droit commun. La conception indemnitaire du capital-décès est-elle appelée à jouer dans les mêmes conditions sur le fondement de l'article 397 du Code de la Sécurité sociale ?

La section sociale de la Chambre civile résiste en reprenant ses arguments de textes. Considérant que les articles 95 et 68 s'appliquent, malgré leur apparente similitude, à des domaines distincts, elle refuse constamment le droit de recours en cas d'accident mortel du travail, estimant que dans cette hypothèse, la Caisse est l'assureur de l'employeur, ce qui autoriserait le cumul des réparations ; au contraire, dans l'accident de droit commun, l'assureur de la victime est la Caisse (86).

En revanche, Conseil d'Etat, Chambre criminelle et 2^e Chambre civile

(84) G.P. 1952, II, 57.

(85) D. 1953 ; G.P. 1952, II, 184 ; S. 1954, I, 82 ; J.C.P. 1952, II, 7115.

(86) Cass. Soc. 11 février 1954, G.P. 1954, I, 207 ; et 13 janvier 1955, G.P. 1955, I, 216.

n'établissent aucune différence entre ces deux natures d'accident (87). Pour trancher la controverse entre la Chambre criminelle et la Chambre sociale, les Chambres réunies décidèrent enfin, dans un arrêt du 2 juillet 1957 (88), que la Sécurité sociale a droit au remboursement du capital-décès en cas d'accident mortel « sans qu'il y ait lieu de distinguer selon le cas où l'accident est un accident du travail ou un accident de droit commun ». Cette formule est reprise par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 30 juin 1960 (89) qui confirme ainsi, en tout état de cause, *le caractère indemnitaire du capital-décès* permettant aux Caisses d'invoquer la subrogation légale.

Tout se passe comme si, dans son intervention, la Sécurité sociale paye la dette du tiers à l'égard de la victime, ce qui justifie la récupération des sommes « avancées » par elle, lorsque le tiers s'acquitte effectivement de sa dette. Ce que le législateur a voulu, c'est permettre à l'organisme qui a réparé en partie ou en totalité les suites dommageables de l'accident — de quelque manière que ce soit — de rentrer dans ses « débours », afin qu'il ne subisse pas les conséquences de la responsabilité d'un tiers et que la victime ne bénéficie pas, pour un même préjudice, d'un cumul d'indemnités.

La jurisprudence est en ce sens lorsqu'elle apprécie les modalités selon lesquelles s'opère le remboursement aux Caisses de Sécurité sociale.

b) *Les modalités du droit de recours des organismes de Sécurité sociale.*

Le caractère indemnitaire des prestations est affirmé sur deux plans : celui de l'étendue du remboursement d'une part, celui de l'action en remboursement d'autre part ; le problème se pose de façon presque identique en matière d'accidents du travail, comme en matière d'assurances sociales. Nous n'établirons donc aucune distinction entre ces deux modes de garantie.

α) *Le contenu du droit au remboursement :*

Les modalités de l'étendue du remboursement découlent de la nécessité de concilier la notion de risque sur laquelle repose la réparation de la Sécurité sociale et la notion de faute qui est la cause de l'obligation du tiers responsable. Le conflit des intérêts en présence (celui du tiers qui ne peut être tenu au-delà du préjudice intégral, celui de la victime qui ne doit pas profiter de la coexistence de deux systèmes de réparation, et celui de la Sécurité sociale) se résout, en définitive, par un régime préférentiel accordé à l'organisme d'assurances pour le remboursement,

(87) C.E. : 7 novembre 1952, G.P. 1953, I. 71 ; 15 novembre 1954, G.P. 1955 I, 272 et 8 mars 1957, D. 1957, 233, S. 1957, 280, Note R. Meurisse. Crim. 9 mars 1954, Bull. Crim. 1954, n° 105, p. 189 et 23 février 1956, Bull. Crim. 1956, n° 197 et 198, pp. 355 et 357, Civ. 2° section civile du 12 juillet 1956, Bull. civ. 1956, II, n° 463, p. 299.

(88) Dal. 1957, 511 ; voir Chr. J. Andrieux, D. 1957, p. 141.

(89) Assemblée plénière du 30 juin 1960. D. 1960. J. 649, note P. Voirin.

au détriment de la victime. C'est la rançon des avantages que cette dernière trouve dans la Sécurité sociale (90).

Cette primauté de l'institution sociale apparaît en cas de partage de responsabilité entre l'assuré et l'auteur de l'accident ; toutefois une limite y est apportée, car il faut déterminer la frontière entre ce qui est indemnitaire et ce qui ne l'est pas.

1. *L'inopposabilité aux caisses du partage de responsabilité.*

Lorsque le tiers partage avec la victime la responsabilité de l'accident, celle-ci ne peut obtenir qu'une réparation proportionnelle au préjudice dont elle a souffert. Le jeu normal des règles de la subrogation ne permet au subrogé d'exercer que les seuls droits du subrogeant. La Caisse doit-elle, comme le subrogeant, n'obtenir qu'un remboursement partiel en fonction du degré de responsabilité de celui-ci, ou peut-elle exercer son droit de recours sur la totalité de l'indemnité réduite allouée à la victime ? L'article 68 de la loi du 30 octobre 1946, confirmant la jurisprudence antérieure (91), envisage expressément cette hypothèse et admet la Caisse « à poursuivre le remboursement total des indemnités mises à sa charge », s'il y a accident du travail. Mais l'article 95 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 est muet sur l'étendue du droit des Caisses en cas de partage de responsabilité. Peut-on soutenir que la différence de rédaction de ces deux textes entraîne une solution différente en matière d'assurances sociales ?

Certains Tribunaux ont admis l'opposabilité aux Caisses du partage de responsabilité en invoquant deux arguments. D'abord l'adage « Nemo contra se subrogasse censetur » (92), la subrogation ne pouvant nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie par le tiers (article 1252 Code civil) : « admettre la Caisse à recourir pour la « totalité » de ces dépenses serait ...atteindre le subrogeant à travers le tiers responsable » (93) ; ensuite, par l'effet d'une fiction, le Code civil investit le subrogé de « tous les droits » du créancier, mais rien de plus ; il ne peut notamment « avoir des droits que la victime n'aurait pas » (94).

Il apparaît toutefois, que la règle « Nemo contra... » n'est pas d'ordre public même dans l'hypothèse de la subrogation du Code civil, la convention des parties pouvant l'écarter. De plus, le recours de la Sécurité sociale ne peut avoir pour effet de nuire à la victime qui recevra, en tout état de cause, une somme au moins égale à celle à laquelle son degré de responsabilité lui permet de prétendre. On peut objecter au second argument que la subrogation de la Sécurité sociale ne s'apparente pas en tout point à celle du Code civil. La dette de l'organisme et celle du tiers responsable n'ont pas la même nature

(90) Conclusions Lindon. Arrêt Assemblée plénière 30 juin 1960, D. 61. J., p. 1.

(91) Ch. réunies 26 juillet 1946, S. 1946. I, 113.

(92) Cour d'appel de Grenoble 8 novembre 1950 (Bull. juridique 2.1951.0.3 AS Rose), Cour d'appel de Dijon 20 décembre 1951 (Bull. juridique 8.1952.0.3. AS Rose).

(93) Arrêt Cour de Grenoble déjà cité.

(94) Arrêt Cour d'Orléans 4 décembre 1959 (Bull. juridique 17.1950.0.3. AS Rose).

ni le même fondement : il s'agit de deux droits découlant du même dommage, du même fait, mais distincts et séparés. La nature du droit dont bénéficie la Sécurité sociale est, tantôt rattachée à une véritable cession légale de créance de l'assuré contre l'auteur de l'accident (95), tantôt qualifiée d'action propre contre le tiers (96), « assimilable à un privilège sur l'indemnité mise à la charge du tiers pour obtenir le remboursement des dépenses » (97).

Aussi la jurisprudence dominante fait valoir que le partage de responsabilités ne traduit évidemment que les rapports de droit existant entre le tiers et la victime, lesquels sont sans influence aussi bien sur le droit au remboursement de la Sécurité sociale (98) que sur les obligations de celle-ci vis-à-vis de la victime (99) qui recevra toujours les prestations prévues par la loi.

Le caractère social de l'intervention des organismes est alors mis en évidence, leur but étant « non de réparer complètement ou partiellement le préjudice causé aux assurés, mais de leur fournir, pour des raisons d'humanité, un minimum de prestations. Leur garantie n'est que subsidiaire et devient sans objet si la réparation est assumée par un tiers ; il leur faut récupérer intégralement ce qu'ils ont déboursé, à concurrence de l'indemnité due par le tiers, pour que le budget de la Sécurité sociale ne soit pas anormalement grevé » (100).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans divers arrêts confirme cette analyse : « les dépenses de la Sécurité sociale ayant un caractère indemnitaire ont procuré à la victime un premier dédommagement » ; la victime ne peut bénéficier sans cause d'un cumul d'indemnités, prohibé par l'article 96 et la dette de réparation du tiers ne peut être réduite arbitrairement en violation de l'article 1382 du Code civil, suivant que les juges du fait auraient fait bénéficier le tiers ou la victime de la part des dépenses non remboursées à la Sécurité sociale. Il s'ensuit que la créance de la victime contre le tiers est réduite de plein droit d'une somme égale à la valeur du dédommagement que les prestations légales lui ont procuré (101). L'idée centrale est bien que les Caisses sont censées avoir payé, par avance, tout ou partie de la dette du tiers et avoir ainsi désintéressé la victime à leur profit : ceci explique que l'action subrogatoire soit limitée aux seules dépenses ayant indemnisé la victime, sans établir de différence fondamentale de nature entre le dommage matériel et le dommage moral.

(95) Meurisse, G.P. 1950, Doct. p. 24.

(96) Planiol et Ripert, Tome VII, p. 643.

(97) Cour d'appel de Douai 17 juillet 1951 (Bull. juridique 43, 1951.0.3. AS Rose).

(98) Tb. de Villefranches/s/Saône 20 mai 1956 (Bull. juridique 27.1954.0.3. AS Rose).

(99) Arrêt Colmar 29 février 1952 (Bull. juridique 15. 1952.0.3. AS Rose).

(100) Tb. correct. St. Omer 11 mai 1951 (Bull. juridique 31.1951, K.4.6. AT. Rose).

(101) Arrêts : 3 décembre 1953, J.C.P. 1954, II, 8007 ; 15 mai 1954, Bull. juridique 31.1954, 0.3. AS. Rose ; 8 juillet 1954, Bull. juridique 38.1954.0.3. AS. Rose ; 31 janvier 1956, Bull. juridique 17.1956.0.3. AS. Rose ; 12 juillet 1956, Bull. juridique 18.1956.0.3. AS. Rose.

2.) *Les limites de l'action subrogatoire.*

Le recours des Caisses est ainsi enfermé dans une double limite : l'une positive et extensive, l'autre négative et restrictive, dont le trait original est de mettre en lumière la fonction indemnitaire des prestations de Sécurité sociale. La demande de remboursement des Caisses porte-t-elle sur la totalité de l'indemnité allouée à la victime ou, au contraire, sur la fraction d'indemnité réparant des préjudices de même nature que ceux dont la Sécurité sociale assure la couverture ? La jurisprudence y répond en adoptant une conception très large de la subrogation. Elle se prononce, en revanche, pour une conception restrictive de celle-ci, lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont les dépenses occasionnées par l'accident à l'organisme et dont celui-ci peut obtenir le reversement. Elle exclut du recours, avec raison, celles qui ont un aspect non indemnitaire.

3.) *La limite positive et le « prétium doloris » :*

On retrouve ici le conflit entre les deux systèmes de réparation existants : celui de la faute et celui du risque. Le tiers étant tenu de réparer tous les dommages subis par la victime, les juridictions de droit commun englobent dans l'évaluation du préjudice, non seulement le dommage physique et l'incapacité de travail qui sont indemnisés par la Sécurité sociale, mais encore d'autres éléments : le préjudice esthétique, le préjudice moral, le « prétium doloris » proprement dit, et les préjudices matériels non corporels (détérioration de vêtements, véhicules détruits, etc...). La Sécurité sociale peut-elle ou non exercer son prélèvement sur la fraction d'indemnité réparant le préjudice non couvert par les prestations ? Une réponse négative a pour effet de conserver à l'assuré social l'avantage garanti par son statut et de lui permettre d'obtenir cumulativement réparation du préjudice non couvert par la Sécurité sociale : solution favorable à la victime ; seul est écarté le cumul d'indemnités relatives à des préjudices de même nature. La solution diamétralement opposée confère un privilège aux organismes en les autorisant à effectuer leur prélèvement sur l'indemnité « globale » mise à la charge du tiers. La Sécurité sociale devient, dans cette hypothèse, une vaste assurance de personnes et de dommages venant relayer l'assurance privée et accorder à la victime un minimum de garantie, notamment dans le cas où l'auteur de l'accident se révèle insolvable. La collectivité des assurés sociaux prend en charge, à titre subsidiaire ou à titre principal, la victime du risque ; si la vieille action classique du Droit de la responsabilité s'avère inopérante (insolvabilité du tiers), la Sécurité sociale garantira elle-même la victime pour l'essentiel : le dommage corporel. Dans le cas contraire, si la victime est remplie de tous ses droits, dans la mesure de sa part de responsabilité par le jeu normal des règles de la responsabilité, la Sécurité sociale, débiteur « secondaire », doit rentrer dans ses « dépens ». Ainsi se dégage la mission de solidarité sociale qui incombe à la communauté à l'égard de l'un de ses membres. La réparation « collective » ne se substitue à la

réparation individuelle qu'en cas d'insuffisance ou d'absence de celle-ci ; l'une et l'autre n'ont ni le même montant, ni la même nature, mais leur objet reste identique : assurer la protection de la victime par la socialisation du risque.

Si les tribunaux du fond restent divisés sur la solution à adopter, on constate de la part de la Cour de cassation une volonté constante de faire triompher la conception « indemnitaire ». Pour faire valoir l'idée que le recours des Caisses doit être limité à la fraction d'indemnité réparant le préjudice correspondant, certaines juridictions soulèvent les arguments suivants : la victime a un droit propre et personnel à obtenir et conserver l'indemnité réparant son préjudice moral, puisqu'aucune prestation n'est servie à ce titre (102). L'article 1166 du Code civil interdit aux créanciers d'exercer par voie d'action oblique, les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur (103). Le droit à réparation du préjudice moral est dès lors incessible et insaisissable ; la différence de nature entre le dommage moral et le dommage matériel justifie, en équité, que la victime ne soit pas privée indirectement de la réparation judiciaire qui est seule susceptible d'indemniser le « *præteritum doloris* » et l'atteinte morale, les Caisses ayant pour fonction de réparer des préjudices uniquement corporels (104).

A l'opposé, on fait observer que, ni l'article 95 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, ni l'article 68 de la loi du 30 octobre 1946, ne font une distinction entre les éléments matériels et moraux du préjudice que l'indemnité a pour objet de réparer globalement (105). Ces éléments sont des critères d'évaluation pour apprécier un dommage déterminé dans son ensemble. Quant à l'article 1166 s'il s'oppose à ce que la Caisse de Sécurité sociale exerce de son propre chef l'action en réparation du préjudice moral qui n'appartient qu'à la personne lésée, il ne fait pas obstacle à l'action en remboursement de l'organisme portant sur les dommages-intérêts qui, eux, font partie du patrimoine de la victime (106). Le remboursement doit alors s'effectuer par voie de *prélèvement direct* et pour la totalité, dans la limite du montant total des dommages-intérêts dus à la victime par le tiers responsable (107). On peut soutenir d'ailleurs, avec raison, que les conséquences de l'impotence fonctionnelle forment un tout unique et indivisible qui atteint l'être humain dans

(102) Cour d'Orléans 19 mai 1950 (Bull. Jur. 42.50 K 46 AT. Rose ; Tb. correc. de Savernes 22 novembre 1950 B.J. II.51 K 46 AT Rose) ; Cour de Paris 3 novembre 1951 (B.J. 51.51 K 46 AT Rose) ; Cour de Rennes 29 avril 1953 et 9 décembre 1954 (non publiés) ; Cour de Rennes 12 juillet 1954, G.P. 1954, II, 246.

(103) Colmar 22 janvier 1954, J.C.P. 1954 IV, Ed. G. 56.

(104) Tb. corr. de Savernes 22 novembre 1950 (Déjà cité). Cour de cassation 3 novembre 1953, J.C.P. 1954. II. 8007 ; Angers 6 mai 1953, J.C.P. 1954. II, 81 06 ; Rennes 20 octobre 1953, G.P. 1954. I, 36.

(105) Cour d'appel de Bordeaux 21 novembre 1950 (B.J. 15.51 K 46 AT Rose) ; Cour d'appel de Douai 17.7.1951 (B.J. 4.3.51. O. 3. A.S. Rose) ; Cour d'appel de Riom 20 décembre 1951 (B.J. K 46. AT Rose) ; Cour d'appel de Paris 25 avril 1958 (B.J. 32.59.0.3. A.S. Rose).

(106) Colmar 29 février 1952 (B.J. 15.52.0.3. AS. Rose) Colmar 23 décembre 1952 (B.J. 18.53.0.3. AS. Rose).

(107) Aix-en-Provence 20 novembre 1953 (B.J. 4.54.0.3. AS. Rose).

toutes ses facultés, dans sa vie professionnelle, physique, morale, familiale, affective, sentimentale et sociale (108).

La jurisprudence de la Chambre criminelle et de la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est fermement fixée en ce sens dans une série d'arrêtés où elle reprend, sans jamais se démentir, la même argumentation (109). La question paraît définitivement tranchée et la controverse apaisée depuis l'arrêt, toutes Chambres réunies, du 27 avril 1959 qui adopte la thèse admise par ces décisions. L'existence d'un organisme collectif de garantie contre les risques n'est donc plus une cause de privilège en faveur des salariés puisque ceux-ci percevront, en tout état de cause, une somme au moins égale à celle que le droit commun de la responsabilité réserve à ceux qui sont exclus d'une telle garantie. Les sommes ainsi récupérées par le jeu de l'action subrogatoire, redeviendront le patrimoine commun de tous les autres salariés et échapperont à toute appropriation privée. Toutefois, l'organisme ne pouvant réclamer que le remboursement des « dépenses » ayant un caractère « indemnitaire », quelles sont celles qui répondent à cette qualification ?

..) *La limite négative et l'exclusion des dépenses « non indemnitaires ».*

Les termes des articles L. 397 et 470 du Code de la Sécurité sociale englobent dans le recours des Caisses des données apparemment différentes : dans un cas, il s'agit des « dépenses occasionnées par l'accident ou la blessure », dans l'autre des « prestations et indemnités prévues par la loi des accidents du travail ». La première formule est-elle plus large et autorise-t-elle l'organisme à poursuivre le reversement des sommes n'ayant pas le caractère de prestations et représentant un préjudice de l'organisme ? Une telle opinion transformerait l'action des Caisses en une action directe ayant pour objet la réparation d'un préjudice qu'elles auraient personnellement subi (110). Or, nous avons vu que la subrogation a uniquement pour finalité le non cumul d'indemnités au profit de la victime.

Le droit des organismes reste donc limité aux sommes versées à la victime ou à ses ayants droit, c'est-à-dire aux seules prestations en nature ou en espèces parce qu'elles ont seules une fonction d'indemnisation (111). Il s'étend même aux dépenses de rééducation professionnelle et fonctionnelle qui, bien que ne constituant pas des frais médicaux proprement dits, sont prévues par des textes et sont destinées à améliorer la capacité de

(108) Note sous Paris 13 décembre 1956 (G.P. 1957 N° 30 à 32).

(109) Cass. Crim. 10 mars 1953, 2 arrêts Bloc. JCP 1954 II 8007 1^{re} espèce ; Dame Bedewilh, JCP 1953 IV Ed. G. 65 ; 24 novembre 1953 JCP 1954 II 8007 2^e esp. ; cass. soc. 5 mars 1954 JCP 1954. 8121 ; 10 mars 1955, GP 1955 I 394 ; 19 juillet 1956, Droit social 1956, 578 ; Cass. crim. 18 décembre 1956, JCP 1957 II, 9835, 1^{re} espèce.

(110) Cour d'appel de Grenoble 8 novembre 1950 (BJ. 2.51.0.3. AS Rose).

(111) Indemnités journalières et rentes servies à l'assuré ou à ses ayants droit, frais médicaux, pharmaceutiques, d'hospitalisation, de prothèse et d'orthopédie.

travail de l'accidenté et faciliter sa réadaptation à une nouvelle profession (112).

En revanche, la Cour de cassation, dans une décision du 6 janvier 1961 (113) se range à l'avis de la majorité des décisions des Cours d'appel en excluant du droit au remboursement tous les frais d'enquête, de contrôle médical et d'honoraires, qui, ne « constituent pas une prestation *indemnitaire* payée par la Caisse à la victime ou pour son compte » (114).

Il s'agit, en l'occurrence, de frais de gestion qui ne compensent à aucun titre le dommage subi par la victime ; leur inclusion dans l'assiette du recours des organismes, représenterait une pénalisation de la victime, au profit des Caisses, contraire à toute équité (115). Les dépenses « non-indemnitaires » sont bien une conséquence de l'accident qui en reste le fait générateur. Si elles ne profitent pas à la victime, elles constituent pour les Caisses un dommage personnel et direct, né du fait du délit d'un tiers. Celles-ci disposent-elles d'une action personnelle en réparation du préjudice subi ? Une telle possibilité, si elle est admise, n'est plus du domaine de l'action subrogatoire limitée aux prestations versées à la victime ; il s'agit d'une action directe fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil permettant au subrogé, qui a subi un préjudice distinct du dommage subi par le subrogeant, de rentrer dans ses propres « débours ». Dès lors, c'est le problème de l'exercice de l'action en remboursement qui se pose.

β) — *La coexistence pacifique des deux actions.*

La deuxième Chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 9 janvier 1959 (116) et le Conseil d'Etat dans un arrêt du 3 juin 1958 (117) refusent aux Caisses du Régime général la possibilité d'invoquer le droit commun de la responsabilité, leur action devant se fonder sur la subrogation prévue par la loi (118). On exclut donc la possibilité pour une Caisse de Sécurité sociale d'invoquer un droit propre sur la base de l'article 1382 du Code civil. La doctrine reste

(112) Cour de Colmar 14 janvier 1958 (BJ 16.58.0.3. AS Rose) ; Amiens 1^{er} février 1962 (BJ. I.A 22.62.0.31. Rose).

(113) BJ. I A 12.62.0.31 Rose.

(114) Mêmes attendus dans l'arrêt Cour de cassation criminelle 10 novembre 1954, G.P. 1955, I, 89 et arrêt Chambre civile 2^e section civile 4 mai 1960, D. 1960 Som. 116.

(115) La solution contraire avait pourtant été soutenue par certaines Cours d'appel : Orléans 19 mai 1950, J.C.P. 1950.II.5842, note Gauguier ; Montpellier 18 juin 1952, G.P. 1952. 2. Som. 4 ; Bourges 30 mars 1955 G.P. 1955 I, 403. On trouve dans le même sens que la Cour de cassation : Bourges 13 décembre 1949, Limoges 26 mai 1954. Cf. D. 1949 Ch. 161 page 2, 1^{er} ; Amiens 23 novembre 1954.

(116) Bull. civ. 1959 II n° 49, p. 31. Dans le même sens, Civ. 2^e Section civ. 26 février 1960, D. 1960, Som. 60 ; Bull. civ. 1960. II. 149, p. 99 ; Amiens 18 mars 1954, D. 1955, Som. 17.

(117) D. 1959, Som. 27 ; S. 1958, 317, Concl. Braibant.

(118) A. Tunc : *Le recours de la Sécurité sociale et des collectivités publiques contre le responsable du dommage qui a entraîné leur intervention*. Rev. Tr. de Dt. Civ. 1955. II. 583.

cependant très divisée. Certains auteurs approuvent l'interdiction du cumul des deux actions (119) car l'action personnelle de l'organisme peut amener le tiers à contracter une dette de réparation supérieure au préjudice causé, notamment dans l'hypothèse où le partage de responsabilité ramène le montant des dommages-intérêts à un niveau inférieur à celui des prestations versées par l'organisme. La dette du tiers ne peut varier en fonction du statut professionnel ou social de la victime : elle a pour objet d'indemniser la victime et non de subventionner l'organisme.

Une objection juridique est opposée à ces arguments. Le titulaire de l'action subrogatoire jouit d'un droit exceptionnel conféré par la loi, dont la reconnaissance n'écarter pas l'action directe et personnelle du Droit commun de la responsabilité civile, sauf disposition expresse et formelle, n'existant pas en matière de Sécurité sociale. Le droit exceptionnel coexiste avec le droit général, sans l'annuler (120).

Partisans et adversaires du cumul d'actions ont tort et raison à la fois. Les premiers lui donnent une portée trop large, les seconds en exagèrent le sens restrictif. On peut concilier les deux thèses en conférant à chaque action un domaine propre : l'action subrogatoire ne viserait qu'au remboursement des prestations, l'action directe pourrait être reconnue et maintenue aux organismes pour les « dépenses non indemnitaires » qui représentent pour eux un préjudice personnel et direct trouvant sa cause dans l'accident.

Cette distinction établie « *lege ferenda* », la nature véritable de la subrogation dont bénéficient les Caisses se dégage avec plus de netteté : un droit « *sui generis* » leur permet d'agir aux lieu et place de la victime, lorsque celle-ci est défaillante ou bien lorsqu'elle transige avec le tiers responsable, en vue de faire revivre *indirectement* l'action de droit commun. La Sécurité sociale, institution de garantie, prend la relève de l'assuré négligent pour assurer la défense de celui-ci et celle de la collectivité, dont les intérêts se confondent.

Ainsi la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation admet le 5 février 1960 (121), dans une espèce où l'accident était dû à la faute exclusive de la victime, laquelle n'avait elle-même formulé aucune demande, le droit pour les Caisses, en application de l'article 397 du Code de la Sécurité sociale, de réclamer devant la juridiction compétente, quel qu'en soit le degré, le remboursement des prestations qu'elles se sont trouvées dans l'obligation de verser.

La Chambre criminelle d'abord, adopte la même opinion, estimant que l'abandon de ses droits par la victime ne peut avoir pour conséquence de paralyser l'action des Caisses.

(119) M. Esmein. Note J.C.P. 1957. 9780, Chr. J.C.P. 1958. I. 1422. Doyen Julliot de la Morandière D. 1958, Ch. 179 ; Président Meurisse, G.P. 1958. II. 13.

(120) A. Brun. G.P. 1960 Doctrine 1.90. En ce sens notamment l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 juillet 1953, qui précise « qu'aucun texte n'interdit aux Caisses de faire valoir en leur nom propre l'action de l'article 1382 pour les dépenses non indemnitaires » (BJ 954 K. 4. I. AT Rose) ; Cour d'appel d'Orléans 15 mars 1957 (BJ 1957.0.3.AS. Rose) autorisant une caisse régionale de S.S. à obtenir du tiers responsable le paiement du procès-verbal d'enquête.

(121) Civ. 2^e section Civile, Bull. civ. 1960, II. n° 105, p. 69.

Celles-ci ont donc qualité pour se constituer partie civile en l'absence de la victime devant le juge pénal, saisi de l'action publique, pour fixation de l'indemnité incombant au tiers (122). La Cour s'attache à justifier ce droit d'intervention propre, non par la notion de préjudice direct subi par l'organisme de Sécurité sociale, mais parce que les prestations de caractère indemnitaire ont diminué la dette du prévenu à l'égard de la victime, l'inertie de celle-ci ne pouvant nuire au subrogé. Certes, la Chambre criminelle, revenant sur cette jurisprudence (123), n'autorise l'action des Caisses devant la juridiction répressive que si celle-ci a été saisie par la victime elle-même. Mais il s'agit beaucoup plus d'une attitude d'opportunité que d'une tendance de principe : réaction naturelle face à un risque de prolifération d'actes de constitution de parties civiles. Les juridictions inférieures résistent d'ailleurs à ce revirement jurisprudentiel motivé uniquement pour des raisons de procédure de fond (124). Le Conseil d'Etat affirme également le droit propre des Caisses au reversement des prestations, lorsqu'à la suite d'une transaction le tiers a versé une indemnité aux ayants droit, sans tenir compte des prestations légales déjà payées, alors qu'il avait connaissance de la qualité d'assuré social de la victime (125).

Cependant, si la délimitation entre ce qui est indemnitaire et ce qui ne l'est pas est affirmée par les champs d'action respectifs de l'action subrogatoire et de l'action de droit commun, la distinction tend à s'estomper lorsque l'on cesse d'envisager le cas des Caisses du Régime général pour étudier le recours des organismes à statut particulier ou de l'Etat contre le tiers responsable.

II. — *Les controverses sur la nature des prestations versées par les Régimes spéciaux.*

Le problème est ici beaucoup plus complexe, les organismes à statuts particuliers et l'Etat ayant la double qualité d'employeur et d'institution de Sécurité sociale accordant à leurs agents statutaires des avantages plus étendus que ceux du droit commun : notamment le maintien du traitement intégral lorsqu'ils sont victimes d'un accident ou d'une maladie, quel que soit le caractère de ceux-ci, professionnels ou non, et ce, jusqu'à la consolidation de la blessure ou la guérison (126). On est en présence de prestations complémentaires exorbitantes du Régime

(122) Crim. 24 janvier 1957. Bull. crim. 1957 n° 88, p. 148 ; 12 mars 1957, D. 1957.439 ; S. 1957.222 ; J.C.P. 1957.II, 10011 ; Dans le même sens, Colmar 12 mai 1953, S. 1953.2. 187 ; Douai 3 mai 1954, D. 1955 Som. 17 ; Paris 3 novembre 1955, J.C.P. 1955 II 8993.

(123) Crim. 13 mars 1958, G.P. 1958. II. 175 ; 30 mai 1958 ; Bull. crim. 1958 n° 420, p. 741 ; 22 janvier 1959 Bull. crim. 1959 n° 63, p. 118 ; R. Huillier, Chron. J.C.P. 1954, I. 1186.

(124) Cour d'appel de Colmar 2 octobre 1958 (B.J. 9.59.0.3.AS. Rose).

(125) C.E. 15 novembre 1954 (G.P. 1955, I, 272). La transaction entre le tiers et la victime n'est opposable à la Caisse de Sécurité sociale que si celle-ci y participe (article 399 Code de la Sécurité sociale).

(126) Décret 22 juin 1946 pour l'E.D.F. par exemple.

général de la Sécurité sociale, résultant d'accords contractuels entre l'entreprise à statut et son personnel.

Le débat s'oriente autour de deux idées qui partagent actuellement très profondément la doctrine et la jurisprudence. La première idée met l'accent sur le caractère *rémunératoire* de ces indemnités qui ont leur source dans un statut qui les considère comme un salaire garanti, versé en exécution d'une clause contractuelle. Le droit s'ouvre qu'il y ait ou non accident. Dans une autre optique, on considère que les versements jouent le même rôle que ceux de la Sécurité sociale, dont ils ne se distinguent seulement que par leur nombre et leur étendue et non par leur nature : les uns et les autres sont *indemnitaires*, conformément à leur but ; il est faux, dès lors, de les apparenter aux prestations volontairement servies par un employeur privé, afin de favoriser à l'aide de compléments de salaire un personnel qualifié dont le recrutement doit faire l'objet de soins particuliers (127). Le choix entre ces deux options détermine le fondement juridique du recours contre les tiers responsables : article 1382 du Code civil ou action subrogatoire. Dans ce domaine on est déconcerté par la diversité des solutions et l'absence de construction juridique satisfaisante pour l'esprit.

a) *L'incertitude des solutions proposées :*

L'E.D.F. et la S.N.C.F. sont le plus souvent parties à ces litiges contre les tiers responsables ; l'analyse des décisions de justice qui interviennent dans ces cas d'espèces vaut pour les autres services nationalisés qui allouent les mêmes avantages particuliers complémentaires.

L'Etat occupe une place à part depuis que l'ordonnance du 7 janvier 1959 (128) précise sur le plan législatif, les droits auxquels il peut prétendre en cette matière. L'article 1^{er} dispose que « lorsque le décès, l'infirmité ou la maladie d'un agent de l'Etat est imputable à un tiers, l'Etat dispose de plein droit contre le tiers, par *subrogation* aux droits de la victime ou de ses ayants droit, d'une action en remboursement de toutes les *prestations*... versées ou maintenues à la victime ou à ses ayants droit. Aucun doute ne subsiste : le texte pose dans son article 2 une règle dérogatoire au droit commun de la responsabilité civile. L'action subrogatoire est exclusive de toute autre action de l'Etat contre le tiers responsable. Ainsi est affirmé le caractère *indemnitaire* de toutes prestations versées par l'Etat, lesquelles ne se distinguent en rien de celles de la Sécurité sociale, bien que le quantum en soit plus élevé.

En revanche, la discussion subsiste pour le service national de l'E.D.F., fondé à exercer son recours en application de l'article 4, alinéa 6, annexe III, du décret du 22 juin 1946, reproduction intégrale de l'article L. 397 du Code de la Sécurité sociale (129). La similitude des

(127) Conclusions Avocat général Lindon (Assemblée plénière 30 juin 1960, Dalloz 1961).

(128) P. Esmein, J.C.P. 1959 I, 1489.

(129) Dans les Mines, le droit de subrogation est reconnu en vertu de l'article 136 du décret du 27 novembre 1946.

textes permet de dire qu'aucune difficulté ne se pose pour les prestations du régime général incombant à l'E.D.F. La subrogation couvre ce qui est indemnitaire.

En est-il de même pour les prestations statutaires, privilèges des régimes spéciaux ? La Cour de cassation est dominée par une divergence profonde des Chambres civile, sociale et criminelle ; l'Assemblée plénière, elle-même, n'a pas réussi à apaiser cette controverse en s'abstenant de préciser si leur nature est ou non indemnitaire.

α) Le désarroi des juridictions inférieures face au conflit des Chambres.

Le désaccord qui règne au sein même de la Cour de cassation laisse l'interprète interdit. Dans une série d'arrêts, la Chambre sociale, suivie en ce sens par la majorité des Cours d'appel, reconnaît à l'E.D.F., gérant de son propre risque professionnel, le droit d'exercer cumulativement l'action de l'article 470 du Code de la Sécurité sociale, en tant que *subrogé*, et en *son nom propre*, l'action de l'article 1382 du Code civil. Celle-ci lui est ouverte pour obtenir, soit le remboursement des prestations servies au-delà du régime général (130), soit celui des charges patronales afférentes à ces indemnités (131). Dans cette hypothèse, on reconnaît le caractère indemnitaire des prestations statutaires, le dommage de l'entreprise étant tenu distinct de celui de la victime. La subrogation ne permettant au subrogé d'exercer que les seuls droits du subrogeant, la victime d'un accident n'a aucun droit de réclamer les charges sociales au tiers ; seule l'E.D.F. peut formuler une réclamation, non comme subrogé de la victime, mais à titre de réparation du préjudice direct et personnel, commis par la faute d'un tiers, à condition d'établir la relation de cause à effet entre le délit et l'obligation de l'E.D.F.

La 2^e Chambre civile estime, en revanche, que l'organisme à statut ne peut intenter, à l'encontre du tiers responsable, aucune action fondée sur l'article 1382 : la législation sociale lui confère une action spéciale pour obtenir le remboursement de ces dépenses. Il ne dispose donc que de l'action subrogatoire limitée aux sommes effectivement versées à la victime (132). Les prestations statutaires dépassant celles du régime général n'ont pas leur cause dans l'accident, mais dans les dispositions d'un statut légal qui entraînent des obligations contractuelles réciproques, naissant en toutes circonstances, même en l'absence d'accident. Les clauses

(130) Cass. 16 juillet 1953, Bull. civ. 1953 IV n° 584, p. 421 ; 5 avril 1956, Bull. civ. 1956 IV n° 284, p. 158 ; 12 avril 1958, Bull. civ. 1958 IV n° 329 p. 238. 17 février 1955 Battendier contre E.D.F. : confirme Cour d'appel de Grenoble du 24 mars 1953 (BJ 28.55 K 41 AT Rose).

(131) Cass. 28 avril 1955 : Dumont c/E.D.F. : confirme Cour d'appel de Douai du 18 janvier 1954 (BJ 38.55 K. 41. AT Rose) ; 17 février 1955, E.D.F. c/ Labord et Antre : casse arrêt Cour d'appel de Nancy du 21 janvier 1953 (BJ 28.55 K.4.IAT. Rose).

(132) Arrêt Cour de cass. 13.6.1958, Bull. Cass. 1958.2.284 ; 27.5.1959 Bull. Cass. 1959.2.261 ; 11.12.1959 B. cass. 1959.2.548 ; 7.6.1956 (affaire opposant la Caisse autonome S.S. dans les mines au sieur Dingreville (BJ 27.57 K.4.1.AT. Rose).

contractuelles étant étrangères aux tiers, ceux-ci ne peuvent souffrir d'un supplément de réparation analogue à une assurance individuelle que la victime aurait contractée avant tout accident et *pour son propre compte* (133).

Ce n'est pourtant pas l'opinion de la Chambre criminelle qui, dans ses arrêts des 30 mars 1956 et 14 novembre 1956 (134), semble rejeter une telle assimilation qui aurait pour conséquence de surindemniser le personnel à statut en l'autorisant à cumuler en partie les deux réparations : elle admet « l'extension de l'action subrogatoire aux prestations statutaires, pourvu qu'elles aient un *caractère indemnitaire...* ». Cette attitude préfigure déjà la subrogation large reconnue par l'ordonnance du 7 janvier 1959 à la matière propre qui concerne l'État. Les services nationalisés font office de Sécurité sociale à l'égard de leurs agents ; le supplément de garantie qui est octroyé à ceux-ci correspond à une part de l'indemnité due à la victime par le tiers responsable. Envisagée sous cet angle, la subrogation ne nuit pas aux tiers qui restent tenus du préjudice intégral, et ne profite pas à la victime qui ne recevra pas au-delà.

Il était dès lors difficile aux juridictions inférieures, face à un tel ensemble de notes discordantes, de dégager des principes directeurs, car de deux choses l'une : ou bien les prestations strictement statutaires sont un élément du salaire, selon la conception des sections civile et sociale de la Chambre civile, laquelle exclut l'action subrogatoire, remplacée ou non par l'action de droit commun, ou bien elles jouent le même rôle que la Sécurité sociale, l'idée rémunératoire est exclue et la subrogation possible en raison de leur fonction indemnitaire. Aussi ces deux points de vue antithétiques sont-ils accentués par les Cours d'appel de Toulouse et de Paris, qui adoptent des solutions diamétralement opposées.

La Cour d'appel de Toulouse le 22 juin 1953 (135), considérant que les prestations statutaires découlent d'engagements contractuels inopposables aux tiers, refuse tout recours à l'E.D.F., quel que soit le fondement invoqué : article 1382 ou subrogation. On consacre ainsi, soit la possibilité d'enrichissement de la victime si le tiers est condamné pour le tout, soit un allègement de la charge du tiers, si l'on tient compte de l'existence des prestations statutaires pour évaluer la réparation qu'il doit.

Dans l'affaire de la compagnie d'assurances « La Paix », Coquard et Dlle Bervyck contre E.D.F., la Cour de Paris, le 13 janvier 1955, infirme le jugement du tribunal de Corbeil, qui avait refusé le remboursement des charges sociales accessoires aux salaires maintenus pendant l'incapacité temporaire, et l'autorise sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, opinion conforme à celle de la Chambre civile, section sociale, de la Cour de cassation. Toutes ces décisions contradictoires

(133) Julliot de la Morandière (Ch. D. 1958, p. 158).

(134) cf. B. crim. n° 386, p. 513 et D. 57, Som. 26.

(135) Affaire E.D.F. et Veuve Ornagli contre Gros et ONIA.

devaient tôt ou tard entraîner l'intervention de l'Assemblée plénière, une question de principe étant en jeu. L'occasion se présente au sujet des deux dernières affaires citées.

β) L'Assemblée plénière du 30 juin 1960 et les conséquences de son silence équivoque.

Dans deux arrêts du 30 juin 1960, l'Assemblée plénière rejette simultanément les solutions des Cours d'appel de Toulouse et de Paris et pose des règles de principe, tout en adoptant une position plus nuancée que celle réclamée, dans ses conclusions, par M. l'Avocat général Lindon (136). Toute sa construction juridique repose sur la distinction entre prestations indemnitaires ou prestations non indemnitaires : l'E.D.F. est fondée à demander le remboursement des prestations présentant un caractère indemnitaire en application de l'article L. 470 du Code de la Sécurité sociale et du décret du 22 juin 1946, donc sur la base de la subrogation, parce qu'elles « correspondent à une part de l'indemnité due à la victime par le tiers responsable ». En revanche, pour les prestations non indemnitaires, qui représentent un dommage direct et personnel de l'organisme à statut, l'Assemblée plénière admet le recours à l'article 1382 du Code civil, « à la condition de rapporter la preuve d'une relation de cause à effet entre ce dommage et la faute retenue à la charge du tiers responsable » (Arrêt Coquard) : il s'agissait, en l'espèce, des charges sociales non indemnitaires.

Ce faisant, la Cour de Cassation adopte implicitement, et pour partie seulement, les thèses des Chambres sociale et criminelle à travers un compromis subtil, mais rejette purement et simplement la doctrine de la Chambre civile — 2^e section civile. Comme tout compromis, cette transaction reste marquée du sceau des concessions réciproques faites aux idées en présence ; l'Assemblée plénière n'a pu dégager une solution satisfaisante.

Ainsi, on fait plusieurs griefs à la Cour de cassation ; d'abord de s'être contentée de casser les deux arrêts qui lui étaient soumis simplement pour défaut de motif ou de base légale ; ensuite de ne pas avoir tranché le problème de savoir si l'action subrogatoire exclut l'action personnelle en responsabilité (137), pour le remboursement des prestations indemnitaires. En vérité, cette remarque est de peu d'importance, car le problème de l'option n'en est pas un : si l'on admet l'action subrogatoire, c'est dans la mesure où la Caisse paie la dette du tiers ; reconnaître, à titre subsidiaire, l'existence d'une action directe, c'est revenir à l'idée inverse : la dette de la Caisse serait aussi celle de l'employeur.

Plus décisive est l'objection faite à l'Assemblée plénière, de n'avoir pas précisé quelles sont les prestations qui ont un caractère indemnitaire (138). En confiant ce soin aux juges du fond, elle laisse ainsi

(136) Dalloz 1961, Jur. 1.

(137) Note L. Mazcaud sous arrêts Cour de cassation 9, 16 et 18 novembre 1960 D. 1961.17.

(138) Cf. note précédente.

subsister l'équivoque (139) et l'incertitude sur la nature véritable des prestations statutaires ? Dans cette mesure, l'Assemblée plénière n'a pas suivi à la lettre les observations de M. l'Avocat général Lindon, qui faisait sienne la thèse de la Chambre criminelle portant extension de l'action subrogatoire aux prestations statutaires. Une contradiction peut être relevée cependant, dans sa démonstration. Il considère les indemnités statutaires comme un supplément de garantie, venant améliorer la réparation forfaitaire et partielle du Régime général. La réassurance dont bénéficie le personnel à statut est sans influence sur la réparation due par le tiers. Les versements de l'E.D.F. dans cette perspective ont la même nature que les prestations de la Sécurité sociale.

A partir de ce postulat, on comprend alors beaucoup moins les raisons qui motiveraient l'extension de la subrogation à toutes les sommes versées par l'entreprise à statut, même si elles ne sont pas reçues par la victime, dès lors que l'absence de tels versements à la suite de l'accident causerait un préjudice à la victime (140). La récupération des charges sociales et fiscales qui pèsent sur ces indemnités, comme le souligne M. Dupeyroux (141), est un faux problème, quel que soit le fondement invoqué ; leur existence même est contestable, les prestations de Sécurité sociale étant exonérées de toutes cotisations. L'Assemblée plénière a peut-être saisi la faille du raisonnement, d'où ses silences équivoques. Elle a préféré s'en tenir à un moyen terme, soumettre le remboursement des cotisations patronales aux règles de la responsabilité civile et rejeter ainsi l'application du principe « accessoriut sequitur principal », seul susceptible de justifier l'inclusion des charges dans l'action subrogatoire.

Pour n'avoir pas voulu affirmer avec netteté sa position au sujet des indemnités complémentaires, l'Assemblée plénière, loin d'apaiser la controverse, facilite la révolte de la Chambre civile. Dans ses trois arrêts des 9, 16 et 18 novembre 1960, celle-ci réaffirme sa position (142) : l'organisme à statut ne dispose d'aucune option ; il ne peut exercer que l'action subrogatoire et le tiers responsable n'est jamais tenu de rembourser les prestations non indemnitaires, c'est-à-dire non seulement les charges sociales (arrêt Dugour du 16 novembre 1960) mais aussi les prestations statutaires dont le fait générateur n'est pas l'accident. La 2^e section civile casse aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 5 novembre 1959, au motif que « les cotisations à la Caisse de retraites, à la Caisse de prévoyance, au Fonds de versement des allocations familiales, ainsi que les charges fiscales échues pendant la période de l'indisponibilité de la victime, sont versées par application des statuts réglant les rapports de la victime et de la S.N.C.F. et sont *sans relation nécessaire avec la faute commise* » (143). A l'opposé, un certain nombre de

(139) J.J. Dupeyroux, *Le maintien du salaire et les recours contre l'auteur de l'accident* D. 1961. Chr. 39.

(140) Conclusion Lindon : Cour de cassation AP 30 juin 1960 (D. 1961, J. p. 1).

(141) J.J. Dupeyroux, *op. cit.*

(142) D. 1961, 17 Note L. Mazeaud. Casse les décisions de la Cour de Riom et Dijon (charges sociales) et Rennes (pension de reversibilité à la veuve).

(143) Civ. 2^e section civ. 4 octobre 1961, D. 1962 Som. 16.

cours d'appel (144) et la Chambre sociale justifient l'application de l'article 1382 à la matière, les sommes étant déboursées « sans contrepartie de travail de l'agent accidenté, ce qui constitue pour la S.N.C.F. un préjudice direct et certain » (145). Le Conseil d'Etat adopte le même raisonnement dans l'affaire Vve Briand en estimant que le paiement des arrérages de pension de réversibilité à la veuve et à la victime représente bien pour l'E.D.F. « un préjudice matériel qui est directement imputable à l'accident... » (146). Nous voici ramenés au point de départ ; l'impasse juridique est-elle infranchissable ?

b) *La recherche d'une construction juridique.*

MM. Bredin, Brun et Mazeaud, dans leurs études en note des diverses décisions, se prononcent en faveur de l'article 1382 et de la thèse de la Chambre sociale et du Conseil d'Etat. M. le Doyen Julliot de la Morandière (147) n'admet la récupération ni par la voie de l'article 1382, ni par la voie de la subrogation. Tout au plus, l'action en responsabilité civile est-elle possible si l'E.D.F. et la S.N.C.F. se prévalent d'un préjudice spécial, tel celui résultant d'un trouble réel apporté au fonctionnement du service public, hypothèse d'école sans intérêt pratique d'application, une telle éventualité étant fort peu probable. Ces points de vue anti-thétiques sont-ils inconciliables ?

On peut tenter l'approche d'une solution à partir de deux idées : les prestations statutaires ont un but indemnitaire ; la récupération des charges sociales ou fiscales ne se pose pas.

1^{re} idée : le caractère indemnitaire des prestations statutaires :

Ce caractère apparaît avec évidence dès lors qu'on cesse d'envisager la cause de ces prestations pour s'attacher exclusivement à leur finalité ; il en est ainsi, notamment si on les compare à celles de la Sécurité sociale ou à celles qui incombent à l'Etat lui-même. En revanche, le contraste avec les prestations complémentaires versées volontairement par l'employeur privé, écarte en la matière l'idée *rémunératoire*.

Suivant l'idée de M. l'Avocat général Lindon, la réalité éclaire leur véritable nature juridique. Il est illusoire d'établir, au sein des prestations versées par les services nationalisés, une distinction entre ce qui est

(144) Poitiers 24 octobre 1960, S.N.C.F. contre Boisson ; Grenoble, 26 octobre 1960, Dorec contre E.D.F. ; Rennes 23 novembre 1960, S.N.C.F. contre Olivand et Russon ; Aix, 14 novembre 1960, Cattoen et Grignard contre Reynier et E.D.F.

(145) Arrêt Civ. Sect. sociale du 5 octobre 1961, D. 1962 Som. 16 (casse jugement Tb. instances de Longwy du 25 novembre 1949) et du 26 janvier 1961, J.C.P. 1961, 12 126, arrêt Labord : « attendu qu'en versant le salaire intégral et ses accessoires à son agent durant le temps d'incapacité, versement auquel elle était tenue statutairement, l'E.D.F. aurait subi un préjudice résultant directement de l'accident, puisque ce versement avait été fait sans contrepartie du travail de l'agent ».

(146) Arrêt C.E. 15 février 1961, D. 1961, 373. Note A. Brun.

(147) Julliot de la Morandière. D. 1958 Chr. p. 179.

Esmein : J.C.P. 1957, 9780 ; J.C.P. 1958, I, 1422.

Meurisse : G.P. 1958, II, Doct. 913, G.P. 1959, II, Doct. p. 55.

Brun. G.P. 1960, I, Doct. p. 90.

l'équivalent de la Sécurité sociale et ce qui est versé en complément par l'entreprise. L'agent statutaire invalide ou malade a bien le sentiment de recevoir un avantage social global sans contre-prestation individuelle de travail. Les versements ne sont pas des libéralités inopposables aux tiers, mais des dispositions obligatoires et légales, dérivant du statut. L'E.D.F. comme la S.N.C.F. sont leur propre assureur et, à ce titre, ils font des calculs de réserves actuarielles. Le législateur n'a maintenu les Régimes dits spéciaux qu'à titre transitoire, avec l'intention avouée de les intégrer tôt ou tard dans l'organisation générale de la Sécurité sociale. S'il ne l'a pas fait, c'est précisément parce que les avantages consentis par ces régimes particuliers à leurs agents sont supérieurs à ceux du Régime général : l'Etat en a fait ainsi des modèles sur le plan social, des entreprises-pilotes ; loin d'être des entreprises féodales, leur régime social en fait un exemple revendiqué par les salariés du secteur privé, *sous-indemnisés* par rapport au personnel à statut. On ne peut donc parler des largesses faites eu égard au droit commun (148), le régime statutaire se rapprochant de la réparation intégrale qui est loin d'être atteinte par la réparation forfaitaire et partielle du Régime général.

Le traitement intégral, maintenu à l'agent malade ou invalide des entreprises à statut est un véritable salaire social : la charge en est supportée *indirectement* par la collectivité tout entière. Rien ne le distingue des indemnités de la Sécurité sociale. A ce titre, il est soumis pour le tout à l'action subrogatoire, représentant sans aucun doute « une part de l'indemnité due à la victime par le tiers responsable ».

N'y aurait-il pas illogisme à l'admettre au bénéfice de l'Etat et à le refuser aux services nationalisés ? L'ordonnance du 7 novembre 1959 consacre l'idée que l'action subrogatoire porte sur *toutes les prestations*, sans liste limitative, versées ou maintenues par l'Etat à ses agents. En quoi la situation de l'agent de l'E.D.F. ou de la S.N.C.F. se différencie-t-elle de celle du fonctionnaire ? Derrière le service nationalisé se profile l'Etat-patron. Certes, les textes spéciaux à l'E.D.F., par exemple, portent que l'agent conserve son *salaire* ou son *traitement* intégral jusqu'à la consolidation de la blessure ou de la guérison, mais, comme l'écrit M. le Président Meurisse, « les mots ne doivent pas nous tromper. Le salaire ou le traitement en espèces, n'est, en réalité, qu'une indemnité analogue à celle que verse la Sécurité sociale pendant l'incapacité temporaire (149) ».

Une objection se dresse, cependant, formulée avec force par les partisans de la thèse du statut légal (150) : le maintien du salaire en période d'inactivité découle d'une clause contractuelle incluse dans un statut à forme réglementaire, mais un statut voulu par les parties, auquel chaque membre adhère comme à une convention collective ; on se trouve

(148) Esmein J.C.P. 1958 I, 1422.

(149) Note s/ Cour de cass. Ch. Civ. 2^e section du 14 octobre 1959, Droit social mai 1960. Voir également : *Le recours des organismes faisant office de Sécurité sociale contre le tiers responsable*.

(150) Julliot de la Morandière. *De la récupération par une administration des cotisations patronales afférentes au salaire versé en période d'invalidité*. Dal. 1961, pp. 125 et suiv.

dans une situation très proche de celle d'un contrat de droit privé. Nous savons que la jurisprudence, en matière d'assiette de cotisation (151), assimile à un salaire les indemnités complémentaires ou différentielles versées par les employeurs du secteur privé, soit en vertu d'un contrat individuel ou collectif du travail, soit en vertu des usages, soit de sa propre initiative : l'idée rémunératoire l'emporte ici sur le fondement indemnitaire.

Existe-t-il des raisons décisives pour soumettre des versements qui concourent au même but à une analyse juridique différente ? Il semble qu'on puisse en découvrir deux essentielles, l'une juridique, l'autre économique.

α) *Sous l'angle économique*, l'employeur privé qui paie l'indemnité différentielle respecte un engagement qui est la contrepartie directe de l'engagement du salarié : il en supporte *seul* la charge en cas de maladie du travailleur. En revanche, il en est exonéré si l'événement qui fait naître l'obligation ne survient pas : son patrimoine bénéficiera d'un enrichissement puisque la clause contractuelle ne sortira pas à effet. Tout autre est la situation du service nationalisé : les rapports du travail prennent un contenu collectif ; l'agent statutaire est le salarié de la collectivité qui le rémunère ou le prend en charge, s'il vient à être malade ou invalide. Ce n'est plus un salaire individuel, c'est déjà un salaire social, « collectivisé », qui ne se distingue nullement de celui versé par une institution de Sécurité sociale.

β) *Sur le plan de la technique juridique*, les prestations statutaires résultent d'un acte de la puissance publique qui s'impose aux parties et est opposable à tous. Le décret du 22 juin 1946 ne déroge pas aux règles organiques de la Sécurité sociale, qui sont d'ordre public. Dans le secteur privé, la volonté des parties détermine les conditions du contrat. La discussion collective n'a pour effet que de rétablir l'égalité entre parties contractantes. L'employeur ne peut être considéré comme faisant office de Sécurité sociale ; l'admettre serait revenir à l'état de droit antérieur, conférant à l'entreprise vocation naturelle à assurer la protection de ses membres. Ce serait rejeter toute l'évolution qui a conduit à la socialisation du risque et à l'avènement des formes modernes de protection sociale.

2^e idée : La récupération des charges sociales ou fiscales est un faux problème :

Dans les régimes spéciaux, ces charges ont pour objet de contribuer au financement des frais, des pensions d'invalidité, des allocations familiales, et des pensions de retraite. Elles alimentent le « fonds commun » destiné à indemniser la victime. L'agent statutaire n'a sur elles aucun droit de priorité individuelle depuis l'abandon du système de la capitalisation. On ne peut donc les considérer comme des dépenses effectuées *au seul profit de la victime*, ce qui exclut aussi bien l'action directe que l'action subrogatoire. On peut aussi logiquement soutenir

(151) 2^e section Ch. civ. 26 février 1958, GP 1958 II, 398.

que le prélèvement d'une telle contribution sur des indemnités qui s'apparentent à des prestations de Sécurité sociale est une anomalie (152).

S'agissant d'un simple procédé de financement sans conséquence juridique, leur existence ne modifie pas toutefois la nature des dites indemnités. Si ces cotisations n'étaient pas versées les droits de la victime ne s'en trouveraient pas lésés pour autant : l'agent statutaire atteint d'incapacité du travail continuerait à percevoir les prestations d'assurance sociale, ainsi que les allocations familiales et plus tard, sa pension de retraite. Où déceler dès lors l'existence d'un préjudice ?

L'Instruction du Ministre des Finances du 15 juillet 1959, prise pour l'application de l'ordonnance du 7 janvier 1959, ne refuse-t-elle pas à l'Etat tout recours pour le remboursement des cotisations de Sécurité sociale ?

Les mécanismes de la subrogation affirment ainsi le caractère indemnitaire des prestations de Sécurité sociale. Cette idée semble, à certains égards, mise en cause par la survivance d'une autre technique de l'assurance privée ; les Caisses du Régime général disposent en effet, d'un autre recours contre l'employeur lui-même, en remboursement des prestations versées.

B. — L'ASPECT NÉGATIF DE LA TECHNIQUE DE L'ARTICLE 160 DU CODE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE.

Il s'agit d'une disposition spéciale, insérée dans l'article 160 nouveau du Code de la Sécurité sociale, autorisant les organismes de Sécurité sociale à poursuivre auprès de l'employeur le remboursement des prestations servies, lorsque celui-ci ne s'est pas acquitté en temps utile, des obligations mises à sa charge. Ce texte, qui résulte du décret n° 58.692 du 27 septembre 1958 portant révision du Code de la Sécurité sociale, est la reproduction de l'ancien article 52 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 dont la rédaction imprécise avait déjà suscité de réelles difficultés d'application ; le décret du 19 octobre 1954 (*J.O.* du 24 octobre), pris dans le cadre de la loi du 17 août 1948 sur les pouvoirs spéciaux, l'avait modifié en vue d'en rendre l'interprétation plus aisée. Le Conseil d'Etat devait, le 27 juin 1958 (153), annuler cette modification pour excès de pouvoir, rétablissant ainsi l'état de droit antérieur.

La référence à cette disposition présente, dans le cadre de notre étude, un intérêt plus théorique que pratique. Laissons de côté ce dernier aspect pour n'envisager que le principe lui-même : l'article L. 160 apparaît alors comme l'application à l'employeur défaillant d'un principe plus général du droit des obligations. L'employeur a une certaine responsabilité dans les risques qui peuvent frapper le travailleur dans son activité. La production est le fruit du travail de l'ouvrier : il semble logique que l'employeur qui bénéficie de cette production assure la conservation du

(152) Note Meurisse. Arrêt Cour de cass. 14 octobre 1959, *Droit social*, mai 1960.

(153) Bull. Jurid. 32.58 (C.4. AS. Rose).

capital humain à sa disposition. Les règles de la responsabilité sont cependant altérées par l'intervention de l'organisme d'assurance qui joue le rôle de « l'assureur de l'employeur ». Celui-ci est exonéré de toute responsabilité par le contrat d'assurance imposé qui le lie à l'institution.

Comme en matière contractuelle, l'inexécution par une des parties de ses obligations permet à l'autre d'opposer l'exception « non adimpleti contractus... ». Dans certaines conditions, la loi du 30 juillet 1930 dispense l'assureur du paiement de l'indemnité, si la prime n'a pas été acquittée à l'échéance. Avec l'ordonnance du 19 octobre 1945, le droit aux prestations est indépendant du versement des cotisations. La règle de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale a pour effet de faire revivre, au profit de l'organisme, la technique contractuelle de l'assurance privée : l'employeur supporte sur ses biens et sa personne la réparation des dommages pris en charge par la Caisse de Sécurité sociale, laquelle dispose d'une action en remboursement des prestations servies en vertu d'un statut légal d'ordre public. Ce phénomène juridique est assez fréquent : le législateur, à court de matériaux, fait parfois appel à une technique juridique ancienne, celle de l'assurance privée, pour donner plus d'efficacité au droit nouveau, celui de la Sécurité sociale, qu'il vient de créer sur des fondements différents.

Cette contradiction interne bouleverse-t-elle les données acquises et la nature du droit aux prestations ? Il ne le semble pas dès lors qu'on observe l'équivoque de l'intérêt d'application de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale, ainsi que l'inadaptation du texte au concept nouveau de Sécurité sociale.

1. — *L'action récursoire en remboursement contre l'employeur et l'équivoque de son intérêt d'application.*

La nature même de l'action directe accordée aux Caisses du Régime général est indéterminée. S'agissant d'une simple action en remboursement, on peut rechercher le fondement dans les articles 1382 à 1384 du Code civil ; c'est le principe qui semble avoir déjà été expressément posé par l'article 21 § 6 du décret-loi du 28 octobre 1935, dont les dispositions élargies ont été reprises par l'actuel article 1690 du Code de la Sécurité sociale. Mais les conditions dans lesquelles l'organisme peut exercer ce droit, qui est facultatif et non obligatoire, et dont l'étendue est laissée à son entière discrétion, transforme les effets de l'action en une véritable « peine privée » appliquée à l'employeur, à titre de sanction.

a) *L'existence d'une double action en remboursement.*

Ce dualisme a pour conséquence de conférer à la Sécurité sociale un privilège exorbitant, dans l'hypothèse précisément où les prestations sont servies à un assuré, victime d'un accident imputable à un tiers. L'organisme dispose-t-il pour rentrer dans ses « dépens » d'une double action en remboursement, l'une exercée à l'encontre du tiers responsable sur le fondement de l'action subrogatoire, l'autre exercée auprès de l'employeur qui n'a pas versé ses cotisations avant la réalisation du risque ? Il faut noter que l'employeur reste tenu, en tout état de cause

du paiement des cotisations, lesquelles viendront en déduction de sa dette ; mais cette incidence ne modifie pas les termes du problème posé. Si l'on admet le cumul des deux actions, la Caisse est susceptible de bénéficier d'un enrichissement sans cause ; si l'on rejette l'application cumulative des deux séries de textes (article 160 et article 397 ou 470 du Code de la Sécurité sociale), il faut définir une option. A notre connaissance, il n'existe aucune disposition législative ou réglementaire susceptible de régler ce conflit. Reste une autre source d'interprétation, la jurisprudence : elle est aussi muette que les textes. Faut-il en conclure que le problème n'ait jamais été soulevé ? L'idée d'une hypothèse d'école est douteuse en la matière. Certes, on peut retenir une solution : l'organisme, en partie désintéressé par l'action subrogatoire, ne pourrait exercer son recours contre l'employeur que pour le surplus. Il n'y a pas, cependant, de raison convaincante pour considérer l'employeur comme débiteur secondaire : la sanction applicable à celui-ci varierait selon que l'accident est imputable ou non à un tiers.

On est, dès lors, amené à soutenir une autre idée : l'action fondée sur l'article 160 du Code de la Sécurité sociale n'est pas une véritable action en remboursement, l'organisme de Sécurité sociale pouvant percevoir davantage que le préjudice réel qu'il a subi ; l'employeur est sanctionné d'une peine pécuniaire au profit de l'institution de Sécurité sociale.

b) *La nature de la sanction : « peine privée ».*

On est bien en présence d'une peine privée qui, par son effet d'intimidation, doit inciter l'employeur à remplir ses obligations. Ce caractère est mis en évidence par la jurisprudence qui refuse au juge d'apprécier le quantum de la sanction ; celle-ci relève de la compétence du débiteur, auquel le décret du 20 mai 1955 donne seul la possibilité de réduire la dette de l'employeur, en cas de précarité de sa situation.

La doctrine de la Chambre civile, section sociale, et de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, approuvant la jurisprudence de la majorité des tribunaux du fond, confirme implicitement le double caractère de la sanction : facultatif pour la caisse, mais obligatoire, non réductible pour le juge (154). Les juridictions favorables au pouvoir d'appréciation du juge ont retenu, en revanche, le critère de sanction pénale, seul susceptible d'autoriser la proportionnalité de la peine à la gravité de la faute.

Sanction civile et sanction pénale se confondent intimement en cette matière où l'article 160 vise à la fois l'indemnisation et la répression, et confère une action très proche des actions mixtes du Droit romain, pénales et répérsecutoires. C'est un exemple parmi d'autres d'une dernière

(154) Arrêt Ch. civile 14 janvier 1954 (Bull. jurid. 12.54 C. 4. AS) ; 22 juillet 1954, 16 juin 1955 (BJ 39.54 et 40.55 C. 4. AS. Rose) ; Ch. crim. 13 avril 1956 (BJ 42.56. C. 4. AS. Rose). Dans le même sens : C. R. d'appel de Toulouse 22 décembre 1951 (aff. Bories c/ C.R. Toulouse) ; Nancy 28 mars 1952 (BJ 17.52.C.4. AS. Rose) ; Paris 17 décembre 1952.

survie de confusion entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. La sanction prononcée contre l'employeur peut dépasser la réparation du préjudice subi par l'institution de Sécurité sociale. Dans la mesure où elle reste acquise à celle-ci, c'est une véritable peine privée dont la rigueur ne peut s'expliquer que « par l'impérieuse nécessité d'imposer le fonctionnement normal d'une loi de prévoyance sociale instituée dans un intérêt public (155) ».

Il en est d'autant plus ainsi que seul l'organisme a la faculté, non seulement de mettre l'action en mouvement, mais encore de s'abstenir d'y recourir ou de réserver la sanction aux défaillances graves, persistantes, et aux récidivistes. Il devient le seul juge du quantum de la sanction dans la limite de l'étendue exacte du remboursement, tel qu'il résulte de l'application des textes. Le décret du 20 mai 1955 (n° 55.676, *J.O.* 22 mai) donne la possibilité, aux organismes de Sécurité sociale, de réduire le montant de la créance née de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale, dans l'éventualité où une situation de fait, la précarité du débiteur, est établie, afin de ne pas aboutir à une sanction trop lourde dépassant les possibilités du « solvens ».

En cette matière, la loi paraît réserver un pouvoir discrétionnaire au Conseil d'administration ou à la Commission de Recours Gracieux de la Caisse. Cependant, après avoir affirmé que cette faculté d'atténuation de la peine n'appartient pas aux Commissions contentieuses de la Sécurité sociale (156), les juridictions inférieures s'estiment compétentes, jugeant que les demandes de remises de créances, autres que les cotisations et majorations de retard, ne sauraient échapper au contrôle juridictionnel, en application des articles 190 nouveau du Code de la Sécurité sociale et 1^{er} du décret 58-1291 du 22 décembre 1958 (157). Reprenant les mêmes arguments déjà précédemment développés dans ses décisions antérieures, mettant en jeu des remises de dettes ne découlant pas nécessairement de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale (158), la Chambre civile, 2^e section, de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 janvier 1963 (159) étend sa jurisprudence aux créances nées de l'application de l'article 160 en estimant que les Commissions de Première instance sont habilitées à statuer tant sur la légalité que *sur l'opportunité et la mesure* des sanctions intervenues, des réductions sollicitées ou des délais de grâce accordés.

Malgré la divergence d'interprétation avec la Chambre sociale (160),

(155) C.R. d'appel de Clermont-Ferrand 24 avril 1952 (BJ 31.52 D.4.AT. Rose) ; Bordeaux 16 juin 1952 (BJ 46.52 C.4. AS. Rose).

(156) C.R. d'appel Paris 6 janvier 1959 (BJ 8.59 C.4.A.S.). Voir également dans le même sens arrêt de la Chambre sociale du 7 décembre 1961 (Bull. civ. 1961 IV, 809) et deux autres du 1^{er} février 1962 (D. 1962. 303. Note Dupeyroux : C.P. Bouches-du-Rhône c/ Marchese et C.P. Dordogne c/ Fortin) relatifs à l'article 190 du Code S.S. bien que ne visant pas l'article 160 proprement dit.

(157) Com. 1^{re} Inst. de Paris (5^e S.) du 5 octobre 1959 ; Cour d'appel de Paris (Ch. soc.) du 8 novembre 1960 (Affaire CPSS Paris c/ Dame Rogeon).

(158) Cass. civ. du 3 janvier 1962, D. 1962.234, Note J.-J. Dupeyroux, et du 9 avril 1962. Bull. civ. 1962, II, 277, Pioncet c/ CR AV du Sud-Est.

(159) Ch. civ. 2^e section civ. du 3 janvier 1963 Dal. 1963.397. Note J. Minjoz.

(160) Voir note n° 156 ci-dessus.

il faut observer, dans le domaine particulier qui est en jeu, combien l'attitude de la Chambre civile approuvée par M. Minjoz, est évocatrice du souci d'atténuer la portée de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale. La gravité de la sanction que celui-ci édicte est telle que tout est mis en œuvre, y compris le contrôle juridictionnel, pour en limiter les effets : ceci révèle combien les mécanismes juridiques de l'assurance privée sont peu conciliables avec la nouvelle idéologie de la Sécurité sociale.

2. — *L'inadaptation des techniques anciennes au nouveau concept de Sécurité sociale.*

Par son esprit et ses techniques, la politique de Sécurité sociale n'est pas un simple prolongement de celle des assurances sociales, ni de celle de l'assurance privée, dont les méthodes traditionnelles sont abandonnées (161). La proportionnalité entre les cotisations de l'assuré et les prestations servies tend de plus en plus à disparaître, le droit lui-même est reconnu par référence à la simple qualité de salarié pendant une certaine période : le paiement des cotisations n'est pas une condition de l'octroi des prestations. L'article 160 du Code de la Sécurité sociale n'a plus dans ce contexte qu'une valeur historique. Son maintien dans la législation de Sécurité sociale pouvait s'expliquer, lors de son élaboration en 1945. La nouvelle institution ne disposait pas d'armes suffisantes pour assurer le respect des obligations qu'elle imposait. Par son effet d'intimidation, la mesure suppléait à cette carence. Au cours des dix dernières années, le législateur a mis au service des organismes tout un ensemble de procédures aptes à combattre la passivité des débiteurs. Il est peu probable que ce texte soit indéfiniment conservé. Il fait figure d'exception et, à ce titre, il présente un double intérêt. Celui, d'abord de ne pas altérer la fonction indemnitaire des prestations de Sécurité sociale. Dans sa lettre, le texte rétablit un lien entre les cotisations et les prestations ; dans son esprit, il s'apparente purement et simplement à une sanction ordinaire que le législateur aurait pu aménager sous forme de clause pénale, dont l'efficacité eût été aussi certaine. Intérêt corollaire du précédent : l'article 160 peut sortir à effet dans un cas limite et l'organisme supporte seul la charge des prestations : c'est l'hypothèse des accidents du trajet. La loi de 1898 ne protégeait pas les ouvriers contre les accidents survenus pendant le trajet entre la résidence et le lieu de travail. La loi du 30 octobre 1946, par l'alinéa 2 de son article 2, étend, au contraire, le bénéfice de la législation sur les accidents du travail à ces événements (162). Le salarié peut être victime d'un accident en se rendant à son lieu de travail, le jour même où il débute chez un employeur. La journée de travail étant considérée comme commencée, dès le moment où le travailleur quitte sa résidence (163),

(161) P. Durand. *La politique contemporaine de la Sécurité sociale*, n° 73, page 163.

(162) Article 415 du Code de la Sécurité sociale.

(163) Circulaire 225 S.S. du 22 juillet 1947 (J.C.P. 1947, III, 12 631).

celui-ci bénéficiera des prestations et cependant l'employeur ne sera redevable d'aucune cotisation. Le droit s'ouvre en l'absence de toute prestation individuelle de travail.

PARAGRAPHE II

LA DISPARITION DE LA NOTION D'ASSURANCE ET L'ABSENCE DE RELATION AVEC LA PRESTATION INDIVIDUELLE DE TRAVAIL

Les diverses prestations de Sécurité sociale ont une finalité commune : assurer aussi parfaitement que possible l'indemnisation de la victime. Cet objectif n'est atteint, d'abord, qu'en faisant preuve du plus large libéralisme dans le domaine des conditions mises à l'octroi des prestations. La conception moderne de la politique de Sécurité sociale, illustrée par les propositions du Bureau International du Travail, fixe certaines normes : la résidence habituelle, la condition de salarié, l'exercice habituel d'une activité professionnelle (164). Le droit aux prestations n'est plus subordonné à la justification préalable d'un minimum de cotisations. Cette tendance se retrouve dans le mode de fixation du taux et de la durée des prestations. Alors que l'assurance priée lie l'indemnité et la prime, la proportionnalité des prestations aux gains antérieurs de l'assuré tend à disparaître dans le droit de la Sécurité sociale.

Cette conception nouvelle met l'accent sur la fonction alimentaire des prestations dont l'objet est la satisfaction d'un état de besoin qui est sans rapport avec l'activité passée ou future de l'individu. La garantie de ce besoin est supportée par la collectivité, débitrice d'une dette alimentaire à l'égard de chacun de ses membres. Le droit positif français adopte dans une large mesure ce système ; il prend cependant en considération, dans certains domaines, l'activité antérieure de l'assuré pour fixer le quantum de l'indemnité : le niveau des salaires ou des revenus en période d'activité conditionne le niveau des prestations.

A. — LE DOMAINE DU PRINCIPE « INDEMNITAIRE ».

Il est essentiellement celui des prestations inexactement qualifiées de « prestations en nature » parce qu'elles correspondent à un remboursement de frais ; il est aussi celui des prestations forfaitaires et identiques pour tous les assurés ou bénéficiaires et souvent désignées, pour cette raison, sous le nom « d'allocations » parce qu'elles évoquent l'idée d'assistance sociale.

(164) *Objectifs et normes minima de Sécurité sociale*. B.I.T. pages 124 à 129.

1. — *Les prestations en nature.*

Il n'y a aucune corrélation directe entre les prestations en nature versées par les organismes de Sécurité sociale et les cotisations versées. Accordées sans limitation de durée, manifestation du libéralisme de la législation, leur octroi est simplement subordonné à l'accomplissement de soixante heures de travail dans le trimestre qui précède la maladie. Cette condition « symbolique » est même supprimée en matière d'accidents du travail où la loi introduit une présomption en faveur de l'assuré quant au lien de causalité entre le travail et l'accident (165). L'assuré percevra des prestations qui pourront être, dans leur volume, sans commune mesure avec les cotisations versées, et partant avec le travail antérieurement fourni. Le droit pourra être maintenu alors qu'il n'y a aucune prestation de travail : les périodes de chômage et d'invalidité sont assimilées à cet effet, à des périodes de travail ; il en sera de même pour toutes les personnes à charge qui bénéficieront de la même garantie.

2. — *Les prestations forfaitaires en espèces ou allocations.*

Ces prestations garantissent, à chaque assuré ou bénéficiaire, un niveau de vie minimum identique pour tous. Leur montant est indépendant des gains ou revenus antérieurs. Une place à part revient aux allocations familiales qui obéissent à des règles différentes.

a) *Les allocations familiales.*

Celles-ci, destinées à subvenir à une partie ou à la totalité des besoins des enfants, sont déterminées d'une manière uniforme (166), avec des taux progressifs en fonction du nombre et du rang des enfants. Leur fonction d'indemnisation a été ainsi prise en considération par le législateur, en vue de mieux les adapter à la charge que représente l'entretien de l'enfant ; de même un taux progressif en fonction de l'âge a été institué au-dessus de dix ans, afin de compenser les frais que nécessite la poursuite des études. On réalise à cet égard une meilleure adaptation des ressources aux besoins familiaux.

Certaines prestations spécialisées (allocation de maternité, allocation logement etc...) répondent à la même préoccupation : couvrir les frais exceptionnels supportés par le budget familial, dans l'intérêt de l'enfant qui survient au foyer, ou dans l'intérêt de l'ensemble de la famille. Le logement, cadre et condition de la vie familiale, doit être adapté dans son aménagement et ses dimensions aux nécessités de la vie moderne (167). On conçoit dès lors que le souci d'adaptation du revenu aux besoins puisse exclure l'existence ou le maintien d'un lien entre le salaire ou

(165) F. Netter. *Notions. ess. de S.S.*, page 227 n° 3.

(166) F. Netter. *Notions ess. de S.S.*, page 155.

(167) P. Laroque. *Famille et Sécurité sociale*. Informations sociales, 1^{er} mars 1950.

le travail accompli et les prestations familiales. La formule du sursalaire est aujourd'hui abandonnée. En principe, l'attribution des prestations reste subordonnée à l'accomplissement par le chef de famille d'une certaine quantité de travail dans une période donnée. Cette règle subit cependant de multiples atténuations : le travailleur inactif ne sera pas écarté du droit aux prestations s'il justifie avoir été dans l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle ; cette impossibilité de travailler est même présumée, par l'effet de la loi, pour certaines catégories de personnes (femmes seules, veuves, invalides, chômeurs etc...).

Enfin, dernier trait original : le taux des allocations familiales, comme leurs conditions d'octroi, sont indépendants du montant des revenus de la famille. Elles se distinguent sur ce plan des autres prestations forfaitaires en espèces qui se rattachent à la notion d'assistance.

b) *Les autres allocations.*

Il s'agit des allocations de vieillesse et des allocations de chômage servies par l'Etat dans lesquelles intervient la notion de « means test ». Le cause de ressources se rencontre dans tous les régimes de pension non contributives ; elle est imposée également aux bénéficiaires des fonds de chômage : toute conception individuelle est exclue, le retraité ou le chômeur n'ayant aucun droit acquis en tant que créancier de la collectivité ; l'état de besoin conditionne l'intervention de celle-ci. L'absence de contribution au financement du régime explique le faible montant de l'allocation servie dans un cas comme dans l'autre : celle-ci s'efforce de garantir un niveau de vie minimum correspondant aux besoins normaux des vieillards, ou permettant au travailleur apte, mais sans occupation, de subsister dans l'attente d'un emploi rémunérateur.

En ce qui concerne plus particulièrement les allocations aux vieux travailleurs salariés, la conception « indemnitaire » l'emporte nettement, bien que leur octroi reste subordonné à la justification, soit d'un certain nombre d'années d'assurance, localisé en fin de carrière, après l'âge de 50 ans, soit de l'exercice d'une certaine activité pendant un temps plus long, sans exigence d'une contrepartie de cotisations. Dans ce cas, le montant de l'allocation est un minimum vital, uniforme pour tous, complété par une majoration pour conjoint à charge, destinée à adapter les ressources aux besoins nés de la situation de famille du pensionné. Toute référence à une activité antérieure disparaît même avec l'allocation spéciale instituée par la loi du 30 juin 1956, portant création d'un Fonds National de solidarité en faveur des personnes âgées, ne disposant pas de ressources suffisantes et ne bénéficiant d'aucune pension, retraite ou allocation de vieillesse. Cette allocation spéciale se transforme en une allocation complémentaire, se cumulant avec l'allocation principale, lorsque son objet est de suppléer à l'insuffisance de celle-ci.

Cependant, si le système des allocations vieillesse procède de la notion d'assistance, la solidarité des générations entre elles le rattache aussi, en partie, à une autre notion : le droit au repos. La retraite apparaît alors comme une récompense des services rendus à l'économie générale du pays. Cette idée s'exprime pleinement dans les régimes de pension de

vieillesse où le taux de la pension est proportionnel aux revenus ou aux salaires antérieurement perçus par l'intéressé. Cette relation entre la période d'activité et le montant de la retraite, confère à celle-ci le caractère de rémunération différée ; l'idée rémunératoire qui gouverne ces prestations apparaît comme la négation de l'idée indemnitaire.

B. — LES ATTEINTES PORTÉES AU PRINCIPE INDEMNITAIRE.

Le principe indemnitaire subit des altérations dans deux domaines : celui des prestations en espèces de l'assurance maladie et accident du travail et celui des pensions vieillesse et de retraite. Mais alors que, dans le premier cas, le caractère « indemnitaire » s'estompe au profit de l'idée de « rémunération » qui est sous-jacente, dans la deuxième catégorie de prestations envisagées, la conception de « rémunération différée » s'affirme avec netteté.

1. — *Les prestations en espèces de l'assurance maladie, invalidité et des accidents du travail.*

Le mode de calcul de ces indemnités prend en considération le salaire d'activité de l'assuré ; leur montant est limité à une fraction du salaire perdu. La pension d'invalidité est assimilée à une pension de vieillesse anticipée ; elle s'en sépare toutefois sur deux points : elle ne représente pas un droit acquis ; c'est une indemnité temporaire appréciée en fonction de l'atteinte portée à l'intégrité physique ou mentale de l'individu, laquelle peut n'être pas définitive ; son attribution reste ensuite subordonnée à la justification d'une durée minimum de travail ayant donné lieu à cotisations (480 heures dans l'année qui précède, dont 120 heures dans le dernier trimestre). S'il s'agit d'un assuré encore jeune, les prestations qui lui seront allouées, peut-être sa vie durant, sont sans rapport avec sa propre contribution.

Ce caractère hybride, à la fois rémunératoire et indemnitaire, se retrouve dans l'assurance maladie dont « l'invalidité » n'est d'ailleurs que le prolongement. Généralement, la durée de la garantie du demi-salaire est limitée dans le temps : six mois lorsque l'intéressé ne justifie que d'une durée réduite de cotisations, trois ans si les cotisations ont été versées au minimum pendant un an. Il en est de même, en cas d'accident du travail, pendant la période d'incapacité temporaire ; l'indemnité journalière est plus avantageuse, d'un montant plus élevé, allouée sans autre limitation de durée que celle résultant de la guérison ou de la consolidation de la blessure. En outre, aucune condition de cotisations n'est imposée à son octroi. Les rentes d'incapacité définitive témoignent du même régime de faveur. Elles représentent une fraction de la perte de capacité de travail subie, si minime soit-elle ; cette fraction est d'autant plus importante que l'incapacité est plus proche de l'incapacité totale.

Toutes ces prestations conservent donc partiellement, d'une manière diffuse, une fonction « réparatrice » : juridiquement, elles ne sont pas toujours la contre-partie *individuelle* des cotisations versées pour chaque

assuré, bien qu'il s'agisse d'un salaire « d'inactivité », modelé sur le dernier salaire d'activité.

En revanche, l'idée de rémunération différée est prédominante en matière de pensions de vieillesse ou de retraite.

2. — *Les pensions de vieillesse.*

Elles procèdent d'un esprit différent : celui de l'assurance, un lien étant jeté entre la pension et la cotisation. Elles représentent un droit acquis aux travailleurs à partir d'un certain âge, même s'ils exercent par ailleurs une activité rémunératrice. C'est un avantage variable en fonction, d'une part, des salaires perçus au cours des dix dernières années de carrière, et d'autre part, du nombre d'années de cotisations. Certains régimes particuliers calculent la pension sur le dernier salaire : rien ne la distingue alors d'un salaire différé dont le taux est indexé sur le salaire d'activité ; la prise en considération de la durée et de l'importance de la cotisation versée en fait la contrepartie de la prestation individuelle de travail étalée sur toute la vie active du salarié. Le fait que les cotisations versées par ce dernier ne soient plus individualisées ne modifie pas cette donnée fondamentale que la pension sera d'autant plus importante que le salaire d'activité aura été plus élevé. La substitution dans l'ordre technique et financier du procédé de la répartition au système de la capitalisation né bouleverse pas la conception « individualiste » de la pension qui reste proportionnée à l'effort personnel de chaque assuré. La répartition, fondée sur l'idée de solidarité unissant les générations entre elles, renforce le caractère de salaire différé de la pension, en permettant de corriger l'effet des dépréciations monétaires : des coefficients de revalorisation réajustent les prestations aux variations du coût de la vie au stade du calcul de la pension, et adaptent les pensions déjà liquidées aux variations du salaire.

La pension n'est plus un titre nominal mais une valeur réelle : elle confère un droit plus stable qu'un droit en capital, le droit à un revenu qui a sa source dans l'accomplissement d'un travail passé (168). Est-ce à dire que toutes les autres prestations sociales, mises à part les pensions de vieillesse, ne sont pas un droit pour ceux appelés à les recevoir, parce qu'elles sont sans contrepartie immédiate et directe ? Une telle conclusion paraît bien hasardeuse ; l'assuré n'est pas un assisté, il a bien le sentiment d'être un titulaire de droits. Quel est le fondement juridique de ce droit ? Quelle en est la cause ? On ne peut entrevoir de solution que si l'on abandonne la conception individuelle des rapports du travail pour envisager leur contenu collectif.

(168) P. Durand. *Op. cit.* page 596.

SOUS-SECTION II

LE FONDEMENT REMUNERATOIRE DES PRESTATIONS
ET L'EXISTENCE D'UNE CONTREPARTIE JURIDIQUE

Est-il possible, après avoir montré pourquoi, comment et dans quelle mesure les prestations de Sécurité sociale ont une fonction d'indemnisation, d'affirmer maintenant qu'elles ont également un caractère rémunérateur ?

La recherche du fondement juridique des prestations de Sécurité sociale nous conduit ainsi sur deux axes diamétralement opposés ; car il est vrai que ce qui est indemnitaire ne peut s'apparenter à une forme de rémunération et il semble difficile de concevoir une rémunération dont l'objet est d'indemniser celui à qui elle est destinée. La Nature est ainsi contradictoire et les institutions juridiques n'échappent pas à cette loi inexorable. Les prestations sociales ont-elles un double fondement à la fois indemnitaire et rémunérateur ? Une réponse affirmative confirmerait l'idée que les prestations sont présentement le siège d'une transformation profonde, visant à faire prévaloir la notion de droit au profit de l'idée d'assistance, la première étant la négation de l'autre. Les prestations évoquent une forme particulière de rémunération, mais une rémunération tout de même. On comprend le dilemme qui se pose au juriste ; qu'il opte pour l'affirmative comme pour la négative, il lui appartient de justifier son choix ; dans un cas comme dans l'autre, n'est-on pas ramené à poser la question : les prestations ne sont-elles pas un salaire social ? Il semble ainsi qu'il faille aborder cette analyse sous deux aspects complémentaires :

- d'abord les prestations sont prélevées sur les cotisations collectivisées au profit de tous les salariés. Ceux-ci ont consenti à ce qu'une partie de leur salaire soit soustraite au régime d'appropriation privée et affectée dans l'intérêt commun. Sur l'ensemble des cotisations, chaque salarié a un droit de propriété diffus, qui ne sortira à effet que lorsqu'une certaine situation juridique, l'état de nécessité, vient à se produire. *Les prestations ne réalisent-elles pas alors une individualisation des cotisations*, dans la mesure où une fraction de celles-ci redevient la propriété individuelle de l'assuré ? Collectif dans sa source, le fonds commun des cotisations est soumis au droit privatif de chaque participant, sous certaines conditions, en fin de circuit ;
- ensuite, et par voie de conséquence, ne doit-on pas considérer que la contre-partie des prestations réside dans le travail qui est lui-même à l'origine des cotisations ? Encore ce travail n'est-il pas celui d'un homme isolé et abstrait, mais le travail social, celui fourni par l'ensemble des travailleurs.

A. — LE SALAIRE SOCIAL, MODE D' « INDIVIDUALISATION » DES COTISATIONS.

A travers l'institution sociale, les cadres juridiques traditionnels se dénouent. En tant que bénéficiaire des prestations, le salarié se présente apparemment comme un créancier de la collectivité et non plus de l'employeur. Les cotisations, élément du salaire qui a été socialisé, vont être redistribuées. Cette opération de redistribution découle des rapports juridiques de nature légale et non contractuelle établis entre l'institution d'assurance et les parties prenantes du salaire social. Quel est le fondement des rapports qui unissent les deux parties ? Certes, la répartition du « fonds commun » se produit au niveau de chaque participant lors de la survenance d'un risque social. Il s'ensuit que le fondement du droit aux prestations peut s'expliquer par deux idées complémentaires : l'état de besoin est le fait générateur des prestations sociales et, en conséquence, le droit de l'individu s'analyse comme un droit de créance contre la société.

Ces explications se révèlent toutefois insuffisantes car elles rattachent directement le droit aux prestations à la notion « d'assistance », laquelle suppose l'existence d'un droit sans contrepartie juridique, ne conférant donc pas à l'individu le pouvoir d'exiger de l'Etat, en tout état de cause, une prestation déterminée.

En revanche, si l'on abandonne délibérément l'explication classique, il semble possible de dégager le fondement nouveau du droit aux prestations en tant que droit objectif : le salaire social, sous cet aspect, symboliserait la renaissance du droit privatif de chaque individu, sur un « fonds commun » dont il est l'un des titulaires dans la mesure où il est participant.

1. — *L'insuffisance des explications classiques du phénomène de « redistribution ».*

On est en présence de deux notions apparemment contradictoires : l'individu est pris en charge par l'Etat ou des organismes publics ou semi-publics, chaque fois qu'il est dans l'impossibilité de s'assurer par lui-même le minimum de biens nécessaires à son existence et à celle de sa famille : toute suspension de travail ou l'existence d'enfants au foyer présentent, dans une économie urbaine à base exclusivement monétaire, un danger de dénuement (169). Sous cet aspect, la politique contemporaine de la Sécurité sociale est l'héritière de la philosophie de l'assistance. Elle est cependant autre chose : dans nos sociétés modernes, l'indigence est un état contre nature, dont le caractère humiliant est une menace morale pour la personne humaine. Même lorsqu'elles restent subordonnées à la justification des ressources du demandeur, les prestations ont pour fondement un droit absolu de l'individu, non à l'assistance, mais à la solidarité de la communauté.

(169) J. Lajugie, *op. cit.* 1948, page 13.

Aussi a-t-on estimé que, dans cette optique, le droit aux prestations concrétiserait la reconnaissance d'un droit de créance de l'individu à l'égard de la société. Ainsi on assigne au phénomène de « redistribution » un double fondement à la fois sociologique, l'état de besoin, et juridique, le droit de créance. La nature véritable du droit aux prestations en est-elle pour autant définie ?

a) *Le fondement sociologique du droit aux prestations : l'état de besoin.*

La revue des diverses formes de prestations sociales à laquelle nous avons procédé, qu'il s'agisse de substituts du salaire ou de compléments de celui-ci, est particulièrement suggestive à cet égard. Les prestations sont versées à l'occasion d'un événement prévu ou imprévu, le risque social, qui vient interrompre le revenu normal de l'individu ou accroître ses charges, dans des proportions assez fortes pour compromettre la satisfaction de ses besoins essentiels. En ce sens, le fait générateur des prestations sociales est et reste l'état de besoin. Cela est si vrai que les différences que l'on constate entre les prestations forfaitaires et les prestations proportionnelles, quant à la durée de la garantie, aux conditions plus ou moins restrictives ou libérales mises à leur octroi, au quantum de secours accordé, traduisent le désir de distinguer ceux qui versent une cotisation, fruit de leur labeur, de ceux qui n'ont pas participé au financement à une époque où le régime ne fonctionnait pas encore ou fonctionnait sur des bases différentes, insuffisantes pour assurer à l'individu une sécurité réelle. On pourrait concevoir pour tous des avantages identiques ou similaires écartant une telle distinction ; mais cette transition trop brutale serait difficilement acceptable sur le plan psychologique par des individus habitués à raisonner selon des conceptions individualistes : l'esprit de solidarité ne s'impose pas, il se conquiert pas à pas, de générations en générations, sur le vieil esprit individualiste. Dans ce cheminement dialectique, le premier ne triomphera du second que si l'on crée quantitativement les conditions propices pour que son développement arrive à son terme.

C'est vrai ainsi, par exemple, pour les pensions vieillesse étroitement liées pourtant à la prestation individuelle de travail : des minima sont institués lorsque le calcul purement mathématique ne garantit pas un minimum de ressources aux bénéficiaires ; bien que titulaire d'un droit acquis, personnel, à partir d'un certain âge, le pensionné conserve, notamment dans le régime général de la Sécurité sociale, la faculté de retarder, moyennant une bonification, son départ à la retraite si sa capacité physique lui permet de continuer son concours à la production et de satisfaire ainsi ses besoins.

La même remarque est valable pour les prestations en nature de la Sécurité sociale : leur octroi sans limitation de durée s'explique par le fait qu'elles ont pour objet de couvrir les frais de soins préventifs et curatifs complets, indispensables à la conservation ou au rétablissement de la santé, laquelle représente un besoin dont la satisfaction prime tous les autres. Pour cette raison, la conception libérale de l'assurance maladie

ou accident se rapproche insensiblement de l'idée de service public de distributions de soins, qui a prévalu dans certains pays (Angleterre, U.R.S.S.) où existe un service national de santé.

Une observation capitale s'impose toutefois. Le droit aux prestations n'est réservé qu'aux membres de l'institution d'assurance dont la qualité découle du simple attribut de salarié en matière d'accident du travail, de la justification d'une durée symbolique de travail dans l'assurance sociale. L'existence d'une telle restriction démontre que l'état de nécessité est une condition nécessaire, mais non suffisante, de l'ouverture du droit aux prestations à un moment déterminé. Il reste à définir pourquoi la qualité de créancier de l'institution est, dans certains cas, indépendante de l'état de nécessité.

b) *Le fondement juridique : droit de créance de l'individu contre la société.*

Le droit aux prestations s'analyse-t-il d'une façon plus précise comme un droit de créance de l'individu à l'égard de la collectivité toute entière ? Une réponse affirmative semble devoir s'imposer. Pourtant il faut convenir que cette opinion, apparemment séduisante, soulève de multiples objections.

D'abord, elle suppose l'existence d'un rapport de droit personnel entre l'individu et la société. On ne voit la source de ce rapport de droit que si l'on considère ce droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé. Toute la théorie du droit subjectif serait alors à reconstruire en la fondant sur le besoin. On dirait, avec Spinoza, que tout ce qui existe a le droit de s'étendre ou de se manifester jusqu'aux extrêmes limites de sa virtualité ; c'est la puissance de la vie qui fonde les droits de l'être vivant. Ces besoins, sublimés en droit, pourraient bien légitimement être qualifiés de droits naturels car ils procèdent de la nature, de la physiologie de l'homme. Ici, l'expression de droit naturel n'a plus le sens consacré par l'Ecole Classique du même nom ; on l'entend d'une façon très réaliste comme un droit très physiologique : le droit de ne pas mourir de faim, le droit de croître et de multiplier. Les théories du droit social s'inspirent plus ou moins de cette idée, mais l'évolution qui se dessine n'a pas atteint sa pleine maturité ; l'objection de principe que l'on peut faire à cette position, c'est de manquer de recul et d'exagérer la profondeur des transformations qui n'ont pas affecté les bases du droit : la propriété privée des moyens de production, le contrat, restent des réalités fondamentales, aujourd'hui comme en 1804.

Autre observation : l'Institution d'Assurance, par exemple, est tenue d'une obligation à l'égard du bénéficiaire ou de l'assuré. On peut définir cette obligation comme un lien de droit en vertu duquel le débiteur se trouve assujéti envers le créancier. Ce serait reconnaître que la Sécurité sociale est titulaire d'un patrimoine distinct, autonome ? Et puisque, selon la théorie classique d'Aubry et Rau, il n'y a pas de patrimoine sans titulaire, c'est admettre que cette entité juridique est une personne morale. L'argument est de poids, que l'on rattache la notion de personnalité morale à la théorie de l'institution ou à celle de la réalité techni-

que. La Sécurité sociale est une organisation destinée à l'exécution d'un service public, pour l'accomplissement d'un but, pour la réalisation d'une œuvre ; elle est bien chargée d'un intérêt collectif, distinct des intérêts individuels de chacun de ses ressortissants, et s'incarne dans des organes, des représentants. Les Caisses possèdent bien ces organes, ces représentants, les Conseils d'administration, chargés de la défense des intérêts des assurés ou bénéficiaires et de la gestion courante de ce patrimoine autonome du budget de l'Etat.

Cependant, la capacité civile de ces personnes morales se trouve considérablement limitée par l'existence de la tutelle administrative. Ces organes ne peuvent engager le patrimoine qu'ils gèrent que dans les limites fixées par les prescriptions légales. Au surplus, la responsabilité personnelle des organes n'est jamais engagée ; elle est absorbée dans celle du groupement. On retrouve ainsi l'opposition entre organe et représentant.

Organismes privés chargés d'un service public, les Caisses de Sécurité sociale apparaissent comme des personnes morales de droit mixte ou encore comme des personnes morales de droit public, dotées à un haut degré de facultés d'auto-administration. Le statut de la mutualité ne constitue qu'un revêtement d'emprunt jeté sur une structure qui lui est devenue étrangère (170). Elles disposent d'une masse de biens, composée essentiellement de cotisations sociales, qui n'est pas la propriété personnelle de la personne morale, mais la propriété collective de tous les membres du groupement, des assurés sociaux pris collectivement, sans qu'aucun d'eux ne puisse prétendre, à la différence de ce qui a lieu dans l'indivision ordinaire, à un droit individuel, à une quote-part sur ce patrimoine commun. Ainsi le fondement du droit aux prestations se trouve ramené du droit des personnes dans le droit des biens.

2. — *La conception dualiste et moderne du droit aux prestations sociales.*

Ne peut-on définir la nature véritable du droit aux prestations en la fondant sur la théorie des droits réels et non plus sur celle des droits personnels ? On conçoit combien une telle transposition bouleverse les notions communément admises en la matière. Il semble toutefois que cette voie nous permette de tenter l'approche d'une définition plus concrète et plus réaliste. Le fondement du droit aux prestations aurait sa source :

- d'une part, dans l'existence d'un droit de propriété collective de chaque participant à l'institution, sur les cotisations faisant partie du patrimoine social,
- d'autre part, dans l'état de besoin, analysé ici comme l'une des conditions d'exercice du droit d'appropriation privée de chaque participant.

(170) Cf. Michel Voirin. *La nouvelle répartition des attributions entre les directeurs et les conseils d'administration dans les caisses du régime général de Sécurité sociale. Droit social* 1960, page 429.

a) *L'existence d'un droit de propriété collective.*

Quel est le régime juridique de cette masse de biens soudée par une affectation unique, puisque les organes chargés de l'administrer ne peuvent engager ce patrimoine autonome qu'en observant strictement des règles légales et impératives ? Il n'est pas possible d'y voir une variété particulière *d'indivision organisée* qui aurait pour trait spécifique de comporter des organes de direction et d'échapper à la règle du partage qui peut être demandée à tout instant par chaque indivisaire (article 815, alinéa 1^{er} du Code civil) : les membres du groupement ne disposent pas d'un droit précis, immédiat, sur les cotisations collectivisées, se traduisant par une quote-part mathématique, abstraite et idéale de propriété, qu'ils puissent concrétiser par un partage. L'idée d'une co-propriété en main commune, empruntée au droit germanique, est également à rejeter même si, par son inspiration sociologique, elle fait songer à une masse de biens se rattachant à la notion de communauté « naturelle ». Est-il possible de considérer ce patrimoine comme une sorte de propriété collective, ayant pour titulaire non pas le groupement considéré comme entité distincte, mais les membres du groupement pris collectivement selon la théorie de M. Planiol ? Il semble que cette dernière alternative puisse permettre d'expliquer la réapparition du droit d'appropriation privée de chaque membre du groupement sur cette masse de biens affectée dès que le besoin apparaît. Elle marque ainsi la nature particulière du droit de chaque participant sur le patrimoine social, lequel s'exprime à travers le service de prestations sociales.

b) *L'état de besoin, condition d'exercice du droit d'appropriation privée.*

Les prestations ne symbolisent-elles pas en effet le partage de ce « fonds commun », véritable patrimoine d'affectation ? La technique de la répartition ayant supplanté celle de la capitalisation, le droit de chaque bénéficiaire est sans relation avec son apport personnel ; les participants n'ont pas de droits subjectifs rigoureusement définis les uns envers les autres : par l'effet de la solidarité morale qui les unit, le droit aux prestations est déterminé par l'état de besoin de chacun.

Ceci nous conduit à considérer que la nature de ce droit est dualiste : c'est un droit personnel mélangé de réalité. Par l'effet d'un phénomène d'objectivation du droit personnel, le bénéficiaire ou assuré dispose d'un droit de créance qui s'exerce, non à l'encontre d'une autre personne, fût-elle une personne morale, mais sur un patrimoine, propriété collective. Il est vrai, ainsi que le souligne M. le Professeur J. Carbonnier à propos de la définition du droit personnel, que, « derrière la personne, c'est le patrimoine qui est assujéti », idée qui trouve sa pleine expression juridique dans l'article 2092 du Code civil, le droit personnel se révélant ainsi comme un droit à une fraction du patrimoine (Droit civil — Jean Carbonnier — pages 33 et suivantes).

Cependant, le droit aux prestations apparaît comme un droit de créance doué d'une singulière énergie qui le rapproche du droit réel,

puisqu'il porte sur un élément concret du patrimoine affecté : le bénéficiaire de ce droit ne peut jamais se voir opposer l'insolvabilité du débiteur, c'est-à-dire des Caisses de Sécurité sociale, autre trait distinctif du droit réel et du droit personnel. Au surplus, selon le principe classique du nominalisme, le droit de créance portant sur des sommes d'argent reste soumis au risque monétaire. L'assuré social acquiert un droit réel demeurant en dehors du risque de dépréciation monétaire, puisque les prestations qui lui sont servies sont adaptées aux modifications du coût de la vie. Celles-ci offrent à l'assuré une garantie contre les risques de l'existence, comparable à celle que donne la propriété privée (171). Cette garantie est si forte que le droit aux prestations n'est pas un simple droit viager, comparable à l'usufruit. Le droit d'usufruit n'est jamais transmissible aux héritiers ; le droit aux prestations survit au décès du créancier et profite à ses enfants et à sa veuve qui peuvent bénéficier pour partie des droits ouverts au de cujus.

Cette mutation ne met-elle pas en évidence, dans une civilisation juridique raffinée et intellectuelle, combien la valeur se substitue de plus en plus à la propriété ? N'est-il pas permis de dire que la notion de salaire est le siège d'un même phénomène juridique de mutation ? Chaque travailleur apporte à l'institution d'assurance une partie de son revenu individuel et reçoit en échange un droit à un salaire social dès que la nécessité s'en fait sentir. Cependant, en liant juridiquement le droit au salaire social à l'état de besoin de l'individu, il n'y a plus aucune équivalence entre l'apport personnel de chaque membre de l'institution et les avantages qu'il est susceptible d'en retirer dans le futur. Cette absence de relation entre le travail individuel et le salaire social doit-elle conduire à considérer que le salaire social n'a pas de contre-partie juridique ? Il semble, parvenus à ce stade de notre étude, qu'il faille poser le problème en des termes différents. Pourquoi ne pas envisager la réalité de cette contre-partie en situant les rapports du travail, non sur le plan individuel, mais sur le plan collectif. Est-il possible d'affirmer que le salaire social a sa source dans le travail social ?

B. — LE TRAVAIL SOCIAL, CONTREPARTIE JURIDIQUE DES PRESTATIONS ?

La réalité de cette contrepartie juridique est, semble-t-il, démontrée par le fait que certaines activités ne peuvent s'intégrer dans le processus traditionnel du contrat de travail, individuel ou collectif. Par cela même, elles ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'un commerce juridique. Ces activités n'ont été prises en considération qu'à une époque relativement récente. Cette promotion nouvelle s'inscrit dans le mouvement du monde, qui, quels que soient les accidents de sa marche, tend vers la libération de l'individu : il s'agit de la valorisation du rôle de la femme dans la société moderne. La « valeur travail » qu'apporte la femme à la société, à la fois par son activité procréatrice et par son

(171) Durand. *Pol. contemporaine de la S.S.*, page 596.

activité domestique, découle d'une double constatation : d'une constatation théorique, ou de droit, et d'une constatation pratique, ou de fait.

1) *La constatation de droit de la « valeur-travail » de la fonction maternelle.*

Rejetant la formule choquante de Proudhon sur l'infériorité de la femme par rapport à l'homme (172), les auteurs modernes dégagent la réalité scientifique de sa fonction sociale, irremplaçable et essentielle au sein de la famille. « L'enfant a besoin d'une famille ». Le personnage central n'est plus exclusivement le « pater familias » : la mère a acquis son droit de cité depuis que les travaux de M. Spitz à New York, de M. Bowlby à Londres, de Mme Roudinesko à Paris, et d'Anna Freud ont montré avec précision l'importance de la vitamine « amour maternel » pour le développement psychique et physique de l'enfant, dans les premières années de son existence. « L'affection est un besoin aussi vital qu'une discrète vitamine » (173).

A côté de cela toutes les autres activités de la femme dans la famille prennent aussi un relief jusque-là inconnu. C'est la mise en œuvre au foyer des ressources venues de l'extérieur, c'est le labeur incessant et aux formes les plus diverses, l'art de la dépense, l'art du choix, l'art de la transformation de denrées ou d'articles en objets de consommation, répondant exactement aux besoins et aux désirs de chacun. La méconnaissance de cette activité ménagère qui permet à l'homme d'accomplir un travail rémunéré est mise en évidence par Lord William Beveridge, qui formule (174) contre cette position injustifiable l'idée d'intégrer les femmes mariées restant au foyer dans les personnes actives sous le titre de « ménagères », alors qu'elles sont classées dans la catégorie population « inactive ».

La servitude domestique qui accable la femme s'oppose à son émancipation. Pour éviter que ses fonctions domestiques et sa fonction naturelle — la maternité — ne soient en conflit avec ses obligations domestiques et sa fonction sociale, M. Engels ne conçoit d'affranchissement pour elle que si elle prend part au travail productif social (175). Cette participation lui assure non une égalité formelle, mais une indépendance réelle.

Les adversaires du travail féminin à l'usine ont rejoint, à partir de là, les dogmatiques en oubliant les règles de la dialectique marxiste, qui étudie les phénomènes dans leur développement et non seulement dans une phase donnée de leur existence. Engels avait déjà sous les yeux, au XIX^e siècle, l'exemple que le travail des femmes dissociait entièrement la famille. Facteur d'oppression aujourd'hui, le travail sera demain un

(172) P.J. Proudhon. *De la justice dans la Révolution et dans l'Eglise*. Tome 3, Garnier, Paris 1858.

(173) Alfred Sauvy. *Renouveau des idées sur la famille*, p. 5.

(174) E. Milhaud. *Le plan Beveridge : annales de l'économie collective*. Genève 1943, pp. 79-81. Cité par J. Lajugie *La Sécurité sociale*, p. 16.

(175) *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*. Pages 210, 211.

facteur de libération lorsque la société sera reconstruite en vue d'une organisation socialiste de la tenue de la maison. En attendant, il convient d'abolir cet asservissement domestique dont l'existence est due au fait qu'il s'agit d'un travail non payé.

On peut même dire qu'il s'agit d'une fonction sociale qui, *sous son double aspect domestique et maternel*, est indéniablement utile à la collectivité. N'estime-t-on pas la présence de la mère auprès de ses enfants, aux premiers âges de la vie, comme indispensable dans la mesure où elle se révèle supérieure en qualité, plus avantageuse en coût, à l'utilité que pourrait procurer dans ce domaine les institutions collectives même douées des derniers perfectionnements de la technique moderne ?

Cette activité spécifique, aux caractères bien particuliers, qui ne s'apparente en aucune manière aux autres activités dites professionnelles, est-elle néanmoins susceptible de faire l'objet d'une rémunération ? Et si l'on répond par l'affirmative par quel procédé juridique est-il possible d'assurer la rétribution de ce travail social ? Dans le cadre de la famille, cela paraît peu concevable ; la famille est certes une institution communautaire, mais la personnalité morale lui est refusée. De plus, ce n'est pas une société. Comment admettre que la femme puisse être rémunérée par la famille pour les activités accomplies au profit de celle-ci ? Mais, par delà la famille, n'est-ce pas la société toute entière qui bénéficiera d'une plus-value grâce aux valeurs morales ou matérielles apportées par la femme à son foyer ? L'insuffisance de la technique contractuelle classique conduit la puissance publique à y suppléer en donnant vie à un véritable contrat social. La fonction qui consiste à créer et former le plus utile de tous les biens, parce qu'il conditionne la production de tous les autres et parce qu'il est le plus précieux, l'homme, suppose une rémunération par la valeur-travail qu'elle renferme. Par un phénomène de socialisation du droit, cette nouvelle forme de rémunération qui se distingue des autres, parce qu'elle est sociale, se concrétise dans une constatation de fait, la création de certaines prestations dont le particularisme est de n'être lié à aucune activité professionnelle, au sens classique du mot.

2) La constatation de fait de la « valeur-travail » de la fonction maternelle.

M. Cliquet, dans son étude sur « le rôle des prestations familiales dans une économie de progrès » (176), souligne qu'à raison de 70 heures par semaine, les femmes françaises consacrent à leurs foyers 46 millions d'heures de travail alors que l'ensemble de la population active ne travaille que 42 millions d'heures. Il s'étonne que ce service ne soit pas honoré matériellement. Cependant, l'analyse du fondement juridique de certaines prestations témoigne de l'apparition d'une ligne d'évolution tendant à rétribuer la « valeur-travail » qu'apportent à la collectivité

(176) Prestations familiales. Etudes et perspectives. UNCAF, p. 108.

certaines personnes dont l'activité présente ce caractère original et spécifique d'être extra-professionnel. L'intérêt du problème se révèle actuellement sur deux plans : celui des prestations familiales et celui des prestations et allocations vieillesse.

a) *Le droit aux prestations familiales et l'exercice d'une activité professionnelle.*

La loi du 22 août 1946 pose un principe : le droit aux prestations familiales n'est reconnu qu'aux personnes exerçant une activité professionnelle. Toutefois, les femmes seules ayant la charge de deux enfants ou davantage sont présumées dans l'impossibilité d'exercer une telle activité et bénéficient, de plano, de l'ensemble des prestations familiales. Cette dérogation à la règle générale comporte de nombreuses conséquences. Quel est le fondement de cette présomption légale ?

Certains auteurs considèrent que le législateur subordonne le versement des prestations familiales à une activité professionnelle pour des raisons de moralité. Il faut éviter que certains abus n'amènent le chef de famille, par fraude, à détourner à son profit les ressources destinées aux enfants, en réduisant son activité professionnelle (177). Un tel sujet de crainte ne peut être envisagé, s'agissant des femmes seules ayant charge d'enfants, les nécessités économiques leur imposant souvent l'obligation de travailler pour subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille. Cependant, ce raisonnement moraliste est en lui-même insuffisant pour expliquer le fondement du droit aux prestations à l'égard de cette catégorie particulière.

N'est-il pas possible de soutenir une autre conception ? Pourquoi ne pas expliquer la présomption légale par l'idée que la nécessité d'élever ses enfants représente, pour la femme seule, l'équivalent d'une activité professionnelle, dans l'hypothèse où l'âge des enfants rend impossible l'exercice d'une telle activité ? Sous cet angle, le droit aux prestations apparaît comme la contrepartie du travail social accompli par la mère qui élève ses enfants et apporte une richesse « humaine » à la collectivité. Ce postulat posé, il est possible d'admettre que ce travail social doit être rémunéré par l'octroi d'une prestation sociale qui pourrait être le salaire unique. Un argument juridique est ainsi fourni à la thèse de la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 11 décembre 1953, donne une interprétation extensive à l'article 12 de la loi du 22 août 1946. Pareille explication souligne, en même temps, combien la solution retenue par les décrets du 20 mai 1955 et 9 mai 1956 refusant le droit au salaire unique aux femmes seules élevant un ou plusieurs enfants, qui ne justifient pas d'une activité salariée, présente ou passée, est sans fondement juridique (178). Cette solution retire, au surplus, à la présomption légale de l'article 2 de la loi du 22 août 1946, l'un de ses effets les plus importants : celui de marquer la « valeur-travail » de la fonction sociale

(177) Netter, *op. cit.*, p. 154.

(178) M. Hochard. *Les prestations familiales aux femmes seules. Etudes et perspectives UNCAF*, p. 39 et suivantes.

de la mère à son foyer. Elle renforce, de plus, l'équivoque sur la nature exacte de l'allocation de salaire unique.

Celle-ci représente la prestation qui a soulevé le plus de polémiques (179). Attribuée aux ménages de salariés qui ne bénéficient que d'un seul revenu professionnel, son rôle est classiquement examiné sous un double aspect : dans son résultat, elle représente une prestation au premier enfant, alors que le droit aux allocations familiales ne s'ouvre qu'à partir du deuxième ; dans son fondement, elle s'analyse, étant donné les conditions d'octroi qui la régissent, à une prestation de remplacement du revenu professionnel que la mère abandonne délibérément pour mieux s'occuper de ses enfants. Cette conception originaire a subi une évolution : d'abord une prestation analogue a été créée pour les non-salariés de l'agriculture et du régime général (180) ; ensuite son attribution est indépendante des ressources du conjoint, du chef duquel le droit s'ouvre. On observe toutefois que l'abandon délibéré par la mère d'une activité professionnelle peut avoir pour cause l'importance des ressources du chef de famille. Dans cette hypothèse, l'allocation de salaire unique ou de la « femme au foyer » s'apparente beaucoup plus à un revenu de complément qu'à un revenu de remplacement. Cette transformation dégage le nouveau caractère de la prestation qui devient *un revenu familial de la mère*, contrepartie juridique du travail accompli au foyer. Sous cet angle, rien ne s'opposerait plus à ce qu'elle soit attribuée aux femmes seules, justifiant ou non d'une activité professionnelle, présente ou passée, en raison de ce fondement unitaire. Le revenu familial de la mère présente un caractère « actuel » avec le « salaire unique » ; il peut aussi avoir un caractère différé.

b) *Le fondement des allocations de vieillesse aux mères de famille et de certaines majorations de pensions.*

Le principe de l'attribution des allocations de vieillesse aux femmes et veuves de salariés, ayant eu ou élevé cinq enfants, est posé par les articles 15 et 33 de la loi du 22 mai 1946 portant généralisation de la Sécurité sociale (181). Les textes d'application qui suivirent élargissent le régime de l'allocation en accordant le même avantage aux femmes de salariés divorcées, séparées, abandonnées par leur conjoint, ou dont le conjoint est disparu (182). Ainsi, la mère de plusieurs enfants, dans certaines conditions, est assimilée à une salariée pour l'ouverture du droit à une allocation de vieillesse. La même idée de présomption légale d'impossibilité d'exercer une activité professionnelle gouverne la matière :

(179) D. Ceccaldi : *Données essentielles d'une réforme des prestations familiales*. Droit social 1955.

(180) Désignée alors sous la dénomination « allocation de la mère au foyer ».

(181) *J.O.* Débats parlementaires — 2^e séance 26 avril 1946, pages 2385 et suivantes. Prop. de L. Siegfried, J.C.P. 46, III, 10997.

(182) Décret 19 juillet 1946 (*J.O.* 21 juillet 1946, J.C.P. 1946, II I 11176) modifié par dt. 50-76 du 16 janvier 1950 (*J.O.* 17 janvier 1950, J.C.P. 1950, III, 14942) ; Loi du 2 août 1949 n° 49-1095 (*J.O.* 6 août 1949, J.C.P. 1949, III, 14584, arrêté du 6 août 1946, modifié par arrêté du 1^{er} mars 1950, J.C.P. 1946, III, 11221 — J.C.P., 1950, III, 15051.

la femme qui reste à son foyer pour élever une nombreuse famille, rend à la collectivité, au même titre que tout autre travailleur, des services qui sont pris en considération à l'âge de la vieillesse. L'allocation apparaît, dès lors, comme un revenu familial différé de la mère de famille, en contrepartie du travail social accompli au profit de la nation. Ceci semble confirmé par l'exigence d'une condition de nationalité française chez la mère et les enfants, requise pour pouvoir y prétendre. En revanche, la notion de droit acquis par la femme ayant élevé ou eu cinq enfants n'est pas encore pleinement adoptée : le bénéfice de l'allocation reste subordonné à une condition de ressources et tout cumul avec d'autres pensions, d'un montant supérieur, est en principe, interdit. L'institution n'a pas atteint ici le développement que son fondement lui assigne.

L'idée de droit acquis l'emporte néanmoins dans le domaine des majorations de pensions allouées aux pensionnés ou retraités du régime général : des bonifications égales à 10 % du montant de la pension ou de l'allocation aux vieux travailleurs salariés sont accordées aux bénéficiaires de l'un ou de l'autre sexe ayant eu au moins trois enfants (183). Il s'agit d'une « récompense » tenant compte des charges supportées par les pensionnés qui ont eu des enfants. Toutes ces prestations sont financées par les cotisations prélevées sur le salaire direct des actifs. Par l'effet d'un véritable contrat social, la cause de leur paiement réside dans l'ensemble des services passés ou futurs des bénéficiaires.

Ceux-ci ont donc accepté qu'une partie de leur salaire ou revenu soit collectivisée ; les cotisations, produit du travail social, sont ensuite redistribuées sous la forme d'un salaire social sans relation directe peut-être avec la prestation individuelle de chaque individu, mais qui apparaît comme la contrepartie directe du travail social. Travail social et salaire social sont les deux éléments d'un nouveau contrat dont le synallagmatisme s'établit, non plus au niveau de l'individu, mais à celui du groupement des hommes. Le fondement juridique du concept de salaire social qui est devenu une réalité juridique peut-il être dégagé ? Pourquoi ne pas analyser le salaire social comme la contrepartie de l'activité humaine ?

(183) Art. L. 327 et L. 625 du Code de la Sécurité sociale.

CHAPITRE II

LE SALAIRE SOCIAL, CONTREPARTIE JURIDIQUE DE L'ACTIVITE HUMAINE

Est-ce à dire que le salaire social soit la négation du salaire individuel ? Autrement dit, au terme d'une évolution dont nous avons tracé les grandes lignes, l'un est-il appelé à se substituer à l'autre, dans le cadre des rapports juridiques nouveaux, nés d'une socialisation des structures économiques et politiques ?

Scientifiquement, la notion de salaire social est un produit nécessaire de la notion de salaire individuel. Chaque institution juridique comporte en elle, en tant qu'œuvre humaine et comme tout être vivant, les éléments de sa propre destruction, mais elle engendre en même temps l'institution juridique appelée à lui succéder. Tel est le sens profond des lois de la dialectique. Dans ce processus d'évolution, le salaire social apparaît à un moment donné comme une transformation du salaire individuel, destiné à suppléer celui-ci compte tenu de son impuissance à résoudre le problème social. Le salaire individuel considère l'homme comme une machine, comme un moyen mis au service de la production (1). Le salaire social, par sa fonction extra-économique, repose sur l'idée que la rémunération constitue pour le travailleur la mesure de son droit à la vie. Il annonce déjà que le travail, c'est l'homme même, dans son corps et son esprit, et qu'il n'y a pas là l'objet possible d'un contrat de droit privé (2).

L'activité humaine est multiforme : son champ d'action ne se cantonne pas uniquement à créer des richesses économiques, indispensables à la subsistance de l'humanité. L'épanouissement de la personnalité humaine est-il possible sans la mise à sa disposition des moyens indispensables à son développement culturel et social ?

Affirmer les droits de l'homme demeure un programme abstrait, si ceux-ci ne deviennent pas une réalité du monde juridique. Le salaire social est l'institution qui permet de donner le primat à l'activité humaine dans le monde moderne, en assurant l'objectivation des droits de la personne humaine.

Ceci se révèle dans une double direction : d'abord le salaire social est la contrepartie directe et présente des activités extra-contractuelles

(1) F. Villey, *Le complément familial du salaire*, p. 21.

(2) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 276.

de l'homme. Cette nouvelle orientation est en voie d'évolution : certaines mesures positives ont déjà été prises par la puissance publique dans ce domaine ; certes, elles ont l'inconvénient d'être disparates, sans lien entre elles, mais elles sont le signe d'une prise de conscience. Le concept de salaire social offre un intérêt d'application dans la mesure où il représente un essai de systématisation de l'idée de rémunération extra-contractuelle.

Ensuite et en revanche, cette idée de rémunération extra-contractuelle, symbolisée par le salaire social, est presque consacrée si l'on envisage l'activité passée ou future du travailleur en tant que producteur. Le sens de cette évolution de notre droit positif, si elle n'est pas achevée, est difficilement contestable. A la conception traditionnelle qui fait du salaire individuel la contrepartie juridique du travail fourni pendant une certaine période, dans le cadre des rapports nés du contrat de travail ou de la convention collective, se substitue un synallagmatisme beaucoup plus général, qui embrasse tous les aspects de l'histoire des individus. Le salaire social vient relayer le salaire individuel absent, mais trouve sa cause juridique dans l'ensemble des services passés et futurs du travailleur. Dans cette optique, prestations familiales et prestations de Sécurité sociale reçoivent une explication unitaire. Au-delà, l'enjeu du débat est la diffusion des statuts juridiques des travailleurs. Il y avait autrefois, en France, des distinctions fondamentales entre ouvriers et employés, et surtout entre fonctionnaires et salariés du secteur privé. La rigidité de ces séparations classiques tend à s'atténuer et à disparaître avec la notion de salaire social. Tout travailleur, tout salarié apparaît comme « exerçant une fonction sociale s'intégrant dans quelque chose qui ressemble de plus en plus, à un secteur public » (3). Par un phénomène d'interpénétration, les divergences entre les intéressés, fondées sur leur condition individuelle ou sociale, s'estompent. Un rapprochement saisissant s'établit entre les différentes formes de travail subordonné. La condition du salarié de l'entreprise privée est-elle si différente de celle du travailleur de l'Etat, ce terme étant compris dans son acception la plus large ?

L'immixtion de plus en plus grande de la puissance publique dans l'activité économique, avec l'extension des nationalisations, crée une catégorie intermédiaire de travailleurs à statut dont l'existence établit une transition. Le salaire social tend ainsi, à rétablir l'uniformité des conditions juridiques à travers un fonds commun de règles juridiques.

(3) Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, n° 114, p. 97.

SECTION I

*LA REMUNERATION PRESENTE DES ACTIVITES
EXTRA-CONTRACTUELLES ET LE SALAIRE SOCIAL*

L'intérêt d'application du concept de salaire social est mis en évidence par la nécessité d'assurer la rétribution des activités humaines qui se situent à l'extérieur du contrat de travail. Toutefois, il convient de préciser au préalable quel est le domaine de ces activités que nous désignons sous le qualificatif « d'extra-contractuelles », afin de les distinguer des situations voisines qui s'en rapprochent, parce que l'individu est subordonné non plus à une personne de droit privé, mais à une personne de droit public. En cette matière, une délimitation s'impose car le fonctionnaire, comme l'agent de l'entreprise à statut, exerce une activité qui s'insère peut-être dans des règles de caractère légal ; ces règles imposées par l'autorité publique empruntent toutefois à la technique contractuelle les modalités pratiques de leur agencement.

A. — LE DOMAINE DES ACTIVITÉS EXTRA-CONTRACTUELLES :

Ce sont des activités essentielles pour la collectivité dans la mesure où elles concourent à un investissement humain. Là, le juridique rejoint l'économique par le social. Leur objectif est l'homme dans toute sa personnalité matérielle et culturelle. On a considéré longtemps la fonction « reproductrice » comme un devoir naturel et moral qui incombe à chaque membre de la société sans que celle-ci soit tenue d'une contre-prestation en échange de cet apport. De même, le rôle éducatif de la mère à son foyer n'a pas été évalué en coût des facteurs ; enfin, le droit reconnu à tout individu d'orienter son activité professionnelle dans le sens le plus conforme et le mieux adapté à ses aptitudes physiques ou intellectuelles est resté un droit virtuel, l'Etat laissant le soin à chacun d'assurer par lui-même son développement culturel et social : seule l'obligation scolaire reste une charge de la nation, jusqu'à l'âge où l'enfant est en mesure de devenir un productif ; au-delà, il lui appartient, par son effort personnel lorsqu'il est adulte, d'utiliser les heures de loisirs dont il dispose pour parfaire sa formation professionnelle ou sociale. Il y a là des anomalies qui sont en voie de correction ; les aménagements que le législateur y apporte sont les signes d'une évolution, certes marquée par des mesures à l'aspect chaotique, mais dont le sens profond ne doit pas échapper au juriste averti. Une prise de conscience est certaine ; ces activités essentiellement profitables à la Nation, ne doivent-elles pas entraîner une contrepartie juridique en faveur de celui qui les accomplit ? Le salaire social pourrait être cette contre-prestation,

envisagée comme la récompense des investissements humains réalisés dans l'ordre matériel ou culturel.

1) *L'investissement humain dans l'ordre matériel.*

Quelles que soient les conceptions philosophiques ou religieuses dont on se recommande, il ne fait de doute pour personne que, dans notre société moderne où le travail prend la relève du capital dans l'ordre des richesses, l'homme est, de tous les biens, le plus précieux ne serait-ce que parce que le travail procède directement de la personne humaine. L'homme, en tant que source de biens extérieurs, suppose son renouvellement, son remplacement. La fonction de « reproduction » biologique qui incombe à la famille était, originairement, supportée exclusivement par celle-ci, qui en avait seule la charge financière. Peut-être faut-il voir là l'explication des droits du « pater familias », seigneur et maître du foyer, ayant sur ses enfants tous les pouvoirs, même de vie et de mort ? On conçoit aussi que l'on ait pu alors considérer l'enfant comme une propriété, un produit qui puisse appartenir à ceux qui l'ont procréé, puisqu'ils en ont assumé les frais. Cette conception n'était pas tellement en contradiction avec la réalité, la famille représentant la cellule centrale de l'économie vivant en autarcie : tous ses membres étaient étroitement solidaires dans la lutte pour la vie. Producteurs et non producteurs se retrouvaient en son sein, pour faire face à leurs besoins en fonction d'un statut défini sur une base familiale.

Mais les sociétés changent et l'image traditionnelle de la famille s'est désintégrée à la suite de la révolution économique et technologique qui s'est produite au siècle précédent. La production a jailli du cadre familial pour devenir industrielle et collective. L'activité de production des membres de la famille se déplace vers l'extérieur afin de permettre à ceux-ci d'acquérir des ressources financières associées à un emploi rémunéré (4). Traditionnellement responsable du sort économique de ses membres, la famille perd une telle responsabilité dès lors que ses besoins sont satisfaits, non par son travail direct, mais par l'intermédiaire d'un salaire, lié lui-même à la situation économique et sociale générale. Les nécessités économiques obligent non seulement le chef de famille à travailler à l'extérieur, mais poussent aussi les épouses à chercher un emploi rémunéré. Dès lors, un péril menace la fonction de « reproduction » biologique, parce qu'elle est une des fonctions économiques internes qui subsiste dans la famille et qui ne trouve plus de « récompense ».

Ce bouleversement n'a pas toujours été clairement perçu par le législateur et encore moins par le public. Mais il permet de comprendre l'opportunité des mesures de protection sociale que la législation de Sécurité sociale a instaurées. Un ensemble de prestations spécialisées existe pour compenser les charges de la maternité. A la famille protectrice se substituent de plus en plus le groupe social, ou l'Etat protecteur,

(4) J. Soetzel, *Renouveau des idées sur la famille*, pp. 341 et s.

qui lui apporte de l'extérieur l'aide lui faisant défaut en cette matière. Des règles procédant de cette même idée du déplacement de la protection de la famille vers l'Etat ou l'entreprise, se retrouvent dans le Droit du travail, avec une ampleur moins considérable.

a) *La conception subjective de la couverture des charges de « maternité ».*

Cette conception explique la diversité des mesures existant dans notre droit positif. Des préoccupations de caractère économique, moral, social et démographique ont présidé à l'élaboration, sans plan d'ensemble, d'une série de dispositions relevant tantôt de l'assurance sociale, tantôt des prestations familiales, tantôt du droit du travail.

Monsieur Lyon-Caen souligne à ce propos combien « cette conception est logiquement peu satisfaisante dans la mesure où la maternité est déjà un risque », et estime qu'il « serait plus rationnel de rattacher les prestations servies à l'occasion de la naissance, à l'assurance maternité ».

L'objectif poursuivi répond à un double but : encourager les naissances par une politique nataliste et rétablir l'équilibre dans le budget familial en compensant les dépenses occasionnelles provoquées par la maternité et la naissance.

Les conditions mises à l'octroi des allocations de maternité par la loi du 22 août 1946 et les textes subséquents, qui imposent le respect de certains délais, affirment la première tendance, renforcée d'ailleurs par le fait que seuls les enfants français peuvent ouvrir droit à cette prime. Elle est également apparente en matière d'allocations prénatales où la mère est tenue de se soumettre à la législation sur la protection maternelle et infantile (examens de santé).

L'idée de compensation des charges de maternité, toutefois, demeure sous-jacente car une naissance engendre des frais et nécessite des soins particuliers que le budget normal de la famille ne pouvait prévoir. Cette optique s'affirme pleinement, en revanche, dans l'assurance maternité. Celle-ci comporte le remboursement des frais médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation, correspondant à la grossesse, à l'accouchement et à ses suites, auquel s'ajoutent certaines primes destinées à inciter la mère à se soumettre à un contrôle sanitaire préventif, avant et après la naissance.

Le souci d'une politique de santé publique se rattache indirectement autant aux objectifs natalistes qu'au désir d'assurer, dans les conditions les plus fructueuses, le renouvellement du potentiel humain qui assurera l'expansion économique de demain.

Cependant, l'assurance maternité ouvre droit également à des prestations en espèces, calculées comme dans le cas de maladie, et destinées à compenser la perte de salaire que subit la femme qui travaille, pendant la période qui précède et suit l'accouchement (5).

Les conventions collectives complètent ces avantages par le maintien du salaire entier et la prolongation de la période légale de repos. Tout

(5) 6 semaines avant, 8 semaines après.

se passe comme si l'assurée continuait à percevoir sa rémunération dans la phase finale de sa maternité, parce qu'elle abandonne momentanément son activité professionnelle pour accomplir sa fonction procréatrice. On peut concevoir sur le plan objectif que celle-ci ait, pour contrepartie, une rétribution à la charge de la collectivité, donc « sociale », car exclusive de tout contrat de droit privé.

b) La conception objective de la couverture des charges de maternité.

Le fondement du congé de naissance, à la charge des Caisses d'Allocations familiales, et accordé aux chefs de famille par la loi du 18 mai 1946 à l'occasion de chaque naissance survenue au foyer, ne procède-t-il pas de cette même conception objective ? Cette prestation, égale au salaire individuel qu'aurait perçu l'intéressé pendant les trois jours de cessation de travail, ne représente-t-elle pas une rémunération sociale ? Son objet n'est-il pas le prix de l'aide apportée à la mère à l'occasion des soins qui précèdent ou suivent l'accouchement, des démarches effectuées à l'occasion de la naissance et de la nécessité de suppléer l'absence de la mère au foyer ?

Dans cette optique, la fonction de reproduction cesse d'être un risque en soi, pour devenir une véritable activité humaine dont le salaire social représenterait le coût, lequel ne serait plus réservé aux seuls bénéficiaires des assurances sociales. Le sens de cette évolution est à souligner pour les prestations familiales de la naissance : allocations de maternité et allocations prénatales (6) sont attribuées à toute femme, même non mariée, sans exigence de l'exercice d'une activité professionnelle. La diversité des prestations et le dualisme des régimes ne se justifient plus ; les objectifs démographiques ou économiques font place à une conception unitaire plus large, envisageant l'activité de la mère en tant que telle, avec ses prolongements moraux et affectifs indispensables au plein développement de l'enfant.

2) L'investissement humain dans l'ordre culturel.

Dans la civilisation du xx^e siècle, la culture et les connaissances doivent être mises à la portée du plus grand nombre possible d'individus et non plus, comme autrefois, tendre à produire « l'honnête homme » du xvii^e siècle. La vie, l'économie nationale et la science progressent à un rythme toujours plus rapide. Ce phénomène d'accélération des transformations implique la primauté du spirituel sur les considérations matérielles et la nécessité de faire des hommes profondément instruits, de tous les membres de la société. Pour élargir au maximum la base de la pyramide, compte tenu des besoins quantitatifs et surtout qualitatifs de la société, pour former des hommes adaptables au flux du bouleversement des techniques, la garantie au départ d'une complète égalité des chances de tous devant l'enseignement et l'éducation s'avère

(6) Depuis la loi du 31-12-1953 qui modifie la conception de ces prestations.

indispensable, quelles que soient les conditions de fortune, de statut social ou de localisation géographique des intéressés (7).

Cette égalité est, certes, partiellement assurée par la substitution à la famille de la collectivité qui assume directement l'instruction et l'éducation des enfants. La plupart des pays modernes imposent l'obligation d'un enseignement de base, gratuit pour tous, pendant la période légale de scolarité qui, variable selon les pays, se situe en France de l'âge de 6 ans jusqu'à celui auquel est autorisé l'exercice d'une activité professionnelle : la prolongation de la scolarité obligatoire jusqu'à 16 ans, qui a fait l'objet d'une loi récente, vise à parfaire l'enseignement de base pour mieux préparer un apprentissage et une formation technique complémentaires, indispensables à une orientation et une entrée des adolescents dans la vie active, avec les meilleures chances de succès pour l'épanouissement de leurs possibilités.

L'intervention de l'Etat, au travers des institutions collectives assurant la formation culturelle de l'individu, reste donc limitée à cette période de la vie. En deçà, la famille assure la charge de la formation psychique de l'enfant dans ses premières années ; au-delà, l'adulte ne doit compter que sur son effort personnel s'il désire développer sa culture. L'égalité des chances n'est pas encore garantie dans le tout jeune âge, ni dans la période post-scolaire et cela, pour deux raisons. D'abord la prise en charge directe et complète de l'enfant dès sa naissance par la collectivité et sa séparation de la famille est de nature à nuire à son développement normal, psychologique et moral ; la collectivité doit adapter ses formes d'intervention pour éviter cette sécession. Ensuite, les structures sociales et économiques, trop orientées vers la recherche d'un profit immédiat, négligent délibérément la formation continue des adultes, indispensable à une adaptation incessante de tous les travailleurs au flux de la nouveauté. L'accès à l'enseignement supérieur demeure le monopole de catégories sociales limitées où le manque à gagner familial n'est pas un obstacle à la poursuite d'études (8).

Pour rétablir l'égalité des chances aux deux stades pré-scolaire et post-scolaire, il apparaît souhaitable d'élever au rang d'activité socialement utile celle de la mère demeurant au foyer, celle de l'adolescent

(7) Laroque, *Réflexions sur le problème social*, pp. 74 et suiv.

(8)

Origine sociale des Etudiants dans l'enseignement supérieur.		
Profession des parents	% de la population	% des étudiants
Agriculteurs	20,9 %	5,7 %
Patrons (Ind. Comm. Art.)	12 %	18,2 %
Prof. lib. et Cadres supérieurs ..	2,9 %	29,4 %
Cadres moyens	5,9 %	18 %
Ouvriers	33,8 %	5,5 %
Salariés agricoles	6 %	0,5 %
Employés	10,8 %	8,4 %
Extraits de l'enseignement public 2/63, n° 4.		

ou de l'adulte qui poursuit ses études. Certaines mesures timides existant dans ce domaine sont le signe d'une évolution vers une prise de conscience de ces activités.

a) *L'activité socialement utile de la mère à son foyer.*

Il s'agit là d'une acquisition scientifique récente due aux travaux de l'Organisation Mondiale de la Santé (9). Les études faites conduisent à cette constatation que l'équilibre psychologique et psychique futur de l'enfant nécessite au cours des premières années de son existence, celles pendant lesquelles se forme sa personnalité, la présence à ses côtés de la chaude affection de la mère ou d'une personne susceptible de la remplacer (10). La carence de soins maternels peut causer un préjudice irréversible au futur développement intellectuel, moral, ou social de l'enfant ; ce traumatisme est souligné par les phénomènes dits « d'hospitalisme », affectant l'enfant séparé de son milieu naturel et qui a tendance à s'étioler, à devenir plus fragile et plus vulnérable. Morbidité et mortalité sont moins élevées lorsque la mère participe aux soins donnés à l'enfant malade. Les inadaptations caractérielles ou sociologiques de l'adolescence ou de l'âge adulte ont parfois leur origine dans le fait que le jeune enfant a été éloigné de son foyer.

L'apport de la mère à la production est donc indéniable dans le domaine de l'investissement qualitatif : le coût de ces services, qui est difficile à chiffrer, pourrait être évalué par référence au prix de l'aide mercenaire qu'il faudrait employer lorsque la mère se livre à une activité extérieure ou lorsqu'elle est malade. La valeur qualitative et quantitative du travail de cette aide salariée serait, on le conçoit, à partir des données qui viennent d'être dégagées, nettement inférieure à celles qu'apporterait la mère.

L'occasion a été donnée de marquer que l'allocation de salaire unique représente, dans une certaine mesure, la rémunération de la mère qui abandonne son activité professionnelle pour se consacrer à la famille. Certes, sous sa forme actuelle, cette prestation donne lieu à des interprétations jurisprudentielles et à des commentaires doctrinaux divergents (11). Une modification de son montant et de ses conditions d'octroi peut être envisagée en vue d'accorder à la femme « dans la ligne même de l'assurance maternité une prestation importante, salaire ou demi-salaire ou plutôt demi-salaire de base, pendant deux ou trois années après l'accouchement » (12). Cette prestation serait une véritable rétribution du travail social accompli par la mère au foyer, en vue de

(9) J. Bowlby, *Soins maternels et santé mentale*. Monographie n° 2 de l'O.M.S., Genève 1951, p. 199.

(10) J. Daric, *Les incidences sociales, démographiques et économiques du régime français des prestations familiales*. Informations sociales, U.N.C.A.F. n° 17 ; 1^{er} septembre 1951.

(11) J. Hochard, *Anomalies doctrinales et juridiques de l'allocation de salaire unique*. Droit social mai et juin 1959.

(12) D. Ceccaldi, *Données essentielles d'une réforme des prestations familiales*. Droit social novembre 1955.

mettre fin à cette injustice flagrante qui prive les très jeunes enfants des familles nombreuses les moins favorisées du bénéfice des soins constants de la mère, au même titre que les autres enfants.

Certaines législations prévoient, en faveur de la mère de famille, des prestations spéciales destinées à remplacer le gain perdu par la mère obligée de rester à son foyer pour soigner la maladie d'un de ses enfants. En France, certaines conventions collectives (13) accordent, à cet effet, aux mères de famille un certain nombre de jours de congés spéciaux, au cours de l'année civile.

En Union Soviétique, cette conception est même dépassée ; le bénéfice des prestations en espèces de l'assurance-maladie est alloué à la mère de famille qui est libérée de son travail pour donner ses soins à un *membre de sa famille*, si l'absence de ces soins met en danger la vie ou la santé du malade. La mère peut rester également auprès d'un enfant hospitalisé âgé de moins de deux ans, même s'il y a d'autres membres de la famille disponibles, et pendant le temps nécessaire à la guérison (14).

La législation française assimile l'activité d'un membre de la famille suppléant l'absence de la mère au foyer à une *activité socialement utile*. Parmi les titulaires des droits dérivés en assurance maladie figurent les ascendants, descendants collatéraux et alliés jusqu'au troisième degré qui, vivant sous le toit de l'assuré, se consacrent exclusivement aux travaux du ménage et à l'éducation d'au moins deux enfants âgés de moins de 14 ans (15). L'Administration estime que leur droit aux prestations en nature ne sort à effet que si la mère se trouve dans l'obligation d'exercer une activité professionnelle ou dans l'impossibilité de s'occuper des enfants (16). La Cour de cassation rejette cependant cette interprétation et applique littéralement le texte de l'article 285 du Code de la Sécurité sociale (17).

Néanmoins, le fondement du droit réside bien dans l'exercice d'une activité ménagère au profit du foyer, ce qui confirme, « *a contrario* », que son titulaire est tributaire d'un *droit propre et personnel, bien plus que d'un droit véritablement dérivé*.

b) *Les activités indispensables au plein épanouissement de la personne humaine.*

Celles-ci se situent après la période de scolarité obligatoire et posent le problème de l'accès à l'enseignement supérieur et à la formation professionnelle et sociale.

(13) Des organismes de Sécurité sociale notamment.

(14) Analyse de la décision du Présidium du Conseil Central des Syndicats du 5 février 1955. Annotée et complétée le 29 février 1957.

(15) Article L. 285 du Code de la Sécurité sociale.

(16) Cir. 137 S.S. du 25 avril 1947.

(17) Cass. civ. II, 17 février 1955, J.C.P. 1955, IV, Ed. G. 46. Cass. civ. 2 arrêts des 21 octobre 1955 (G.P. 1955 — 2 — 394) et 10 juillet 1957 (J.C.P. 1957, II, 10265).

α) Vers la socialisation de l'Université :

De nombreux obstacles matériels et sociaux, compliquant l'accès aux universités, font qu'une partie de la jeunesse douée est perdue pour la science et le progrès. L'octroi des allocations familiales jusqu'à l'âge de 20 ans pour les enfants poursuivant leurs études détourne psychologiquement les familles des milieux modestes de leur souci de voir l'enfant se livrer, le plus tôt possible, à une activité rémunératrice. Cette mesure est un facteur favorable au prolongement de la scolarité, mais ne bouleverse pas les chances d'orientation scolaire qui restent fortement influencées par la fortune et le milieu social. D'après une enquête menée par l'Institut National d'Etudes Démographiques, la famille nombreuse est particulièrement pénalisée dans l'ascension sociale : 23 % des enfants uniques poursuivent des études contre 13 % pour les familles de 4 enfants, et 4 % seulement, lorsqu'elle en a 8. Sur 100 enfants d'ouvriers ayant une réussite scolaire bonne ou excellente, 28 sont mis au travail sans aucun apprentissage ; en agriculture, la proportion s'élève à 68. Au contraire, un fils de fonctionnaire, de cadre ou de chef d'entreprise, a 9 chances sur 10 d'aller au lycée. L'enseignement supérieur puise les futurs cadres du pays essentiellement dans la bourgeoisie. C'est une cause de sécession sociale et de gaspillage de capacités humaines. Or, pédagogues et psychologues sont d'accord : 80 % des enfants ont les aptitudes requises pour prolonger les études au delà de l'école primaire.

Lorsque les ressources de la famille sont insuffisantes, de nombreux étudiants des Facultés sont contraints, pour terminer leurs études, de rechercher un emploi rémunérateur, le soir ou à mi-temps, dans des activités sans rapport avec leur discipline. Cette promotion dégage des élites admirables, mais à dose homéopathique. L'attribution de bourses d'études représente une aide certes appréciable, mais liée à une idée d'assistance et de secours.

Dans une orientation nouvelle, il est parfaitement concevable de souligner que la poursuite d'études supérieures est une activité socialement utile à la collectivité et suppose une rémunération.

L'étudiant recevrait de la collectivité un pré-salaire qui anticiperait sur la rémunération future ; les obstacles à l'accès à l'université tenant à la situation matérielle de l'étudiant seraient ainsi levés.

Cette conception est en partie adoptée en France par de nombreuses administrations publiques (Finances, P. et T., etc...) qui recrutent leurs cadres parmi les étudiants en cours de scolarité et leur allouent un traitement tout en leur accordant le maximum de facilités pour suivre les cours des Facultés. Ce système a l'avantage d'établir des liens entre l'école et la vie, entre le milieu professionnel et l'étudiant, d'éviter à celui-ci de se trouver dans un univers à part, où l'on ignore les contingences du fleuve de la vie réelle qui coule à côté.

Cette « passerelle », jetée entre l'expérience pratique et la théorie, ferait des étudiants, non plus des inactifs, mais des membres à part entière de la collectivité productive : ce problème se rattache ainsi à la question de la promotion sociale des adultes.

β — L'élargissement de la promotion sociale des adultes.

La promotion sociale des adultes a réalisé peu de progrès sur le plan public depuis l'ordonnance de 1819, instituant avec le Conservatoire National des Arts & Métiers, des cours du soir et des bourses de scolarité à plein temps pour des adultes déjà engagés dans la vie active. La formation donnée dans le cadre de l'entreprise industrielle ou commerciale, conçue en fonction de la rentabilité de celle-ci, n'est pas l'instrument d'une promotion (18). L'organisation de la formation professionnelle est du domaine de l'empirisme. En 1948, 12.000 salariés profitent d'une formation continue ; en 1959, la promotion résultant des cours de perfectionnement public et privé, cours par correspondance du Centre National de Vanves et ceux de l'E.D.F., touche 250.000 travailleurs.

La promotion permanente des travailleurs vers des qualifications supérieures reçoit une ébauche de statut par la loi du 31 juillet 1959 (19), définissant la promotion supérieure du travail pour les travailleurs du premier rang et la promotion professionnelle au niveau des travailleurs qualifiés. Les décrets d'application prévoient que les salariés admis à suivre les stages, et qui perdent, de ce fait, tout ou partie de leur salaire, peuvent bénéficier d'une indemnité compensatrice ou d'allocations complémentaires à la charge de l'Etat propres à éviter toute rupture dans les conditions d'existence (20). Pour la première fois est affirmé le principe de l'égalité des travailleurs devant la promotion sociale.

Dans l'ordre juridique la valorisation continue des travailleurs, non seulement sur le plan technique, mais aussi sur le plan de la culture générale, est honorée matériellement et considérée comme un investissement éminemment rentable pour la société. Le fait de suivre les stages dans les Centres d'enseignement publics et privés agréés pour la mise en œuvre de cette promotion est assimilé à une activité socialement utile, comportant le maintien de la rémunération antérieure avec conservation des avantages sociaux et des congés payés y afférents.

Cette rémunération est supportée par la collectivité qui vient suppléer l'entreprise défaillante dans sa tâche de protection et d'élévation du niveau culturel de ses membres.

Le concept de salaire social trouve ainsi un nouvel intérêt d'application dans un domaine que l'on n'avait pas encore abordé jusque-là.

B. — L'INTÉRÊT D'APPLICATION DU CONCEPT DE SALAIRE SOCIAL.

Cet intérêt d'application se dégage d'une double constatation : la technique traditionnelle du contrat de travail se révèle inefficace dans

(18) P. Laroque, *Réflexions sur le problème social*, p. 85.

(19) J.O. du 6 août 1959, J. Monod. *La promotion sociale et la loi du 31 juillet 1959*, Droit social, 1959.592. L. Weil, *la promotion supérieure du travail*, Droit social, 1961, 472.

(20) Art. 3, Décret 59-1424 du 18 décembre 1959 (J.O. 19 décembre 1959), et Décret 59. 1389 du 10 décembre 1959 (J.O. du 11 décembre 1959).

le domaine des activités qui concourent à un enrichissement humain. Celles-ci ne peuvent faire l'objet d'un contrat de droit privé. Ces activités, étant donné leur finalité, supposent une rémunération qui ne peut être que « sociale ».

1. — *L'inefficacité du contrat de travail.*

Dans la conception classique, le travailleur reçoit une rémunération directe sous la forme d'un salaire en contrepartie d'un service rendu à un particulier ou à une entreprise. Lorsqu'il s'agit d'un service rendu à la collectivité toute entière, l'insuffisance du système et son impuissance à traduire le synallagmatisme de l'échange des prestations contribue puissamment à la socialisation de la rémunération. Les cadres dans lesquels s'exprime la solidarité « explosent ». L'interdépendance économique et sociale des individus s'affirme d'abord au sein de cette communauté restreinte que constitue la famille ; la désintégration de celle-ci donne ensuite naissance à une nouvelle communauté de travail : l'entreprise.

Son caractère individualiste d'organisme privé oriente cette dernière dans son intérêt exclusif et la recherche des bénéfices établit une dissociation entre les membres qui y participent, selon qu'ils sont titulaires des moyens de production ou qu'ils n'apportent que leur force de travail.

Toute une école sociale s'efforce de modifier ce rôle économique et égoïste et de découvrir la « fonction sociale » de l'entreprise, communauté où collaborent le capital et le travail pour le bien commun (21). Dans cette conception, le groupement humain formé par l'entreprise se rapproche du groupement familial, les relations individuelles du travail se rattachent aux droits des personnes.

Cependant, la personne humaine du travailleur est en réalité l'objet de ces relations, en même temps qu'elle en est le sujet. Les rapports du travail au sein de l'entreprise sont des rapports personnels de subordination, d'employeur à employé. Ces liens de dépendance font que le salarié n'accède jamais à la qualité d'associé, seule condition qui conférerait aux membres de cette communauté de travail des droits d'égalité. L'entreprise n'est pas un bien commun, mais la propriété de l'employeur.

Certes, cette fonction sociale explique que la charge des allocations familiales et celle des accidents du travail, par l'extension de la notion du risque professionnel, aient été, à l'origine, supportées par l'entreprise individuelle. A la même idée se rattachent toutes les réalisations accomplies dans les domaines les plus divers, comités d'entreprise, logements, services sociaux, œuvres sanitaires. Mais comme le souligne M. Laroque dans son ouvrage « *Réflexions sur le problème social* » :

« Qu'on le veuille ou non, ces réalisations procèdent, conformément

(21) Cette école a été fortement influencée par la doctrine allemande qui rattache le contrat de travail au droit des personnes. — Durand et Vitu, *Traité de Droit du travail*, Tome II, page 215.

à la doctrine de Le Play, de l'idée que l'employeur, en contrepartie de l'autorité qu'il exerce sur son personnel, a envers lui une obligation de tutelle, de protection. L'homme qui est soumis à cette tutelle, qui bénéficie de cette protection, non seulement n'a pas le sens d'une dignité accrue, mais ressent une aggravation de sa dépendance par rapport à l'employeur ».

La recherche d'une protection réelle s'oriente, dès lors, à l'extérieur de l'entreprise et en dehors des rapports traditionnels du contrat bilatéral. Le phénomène de transformation du concept de rémunération s'inscrit dans cette évolution : il donne au travailleur le sentiment que la protection sociale est une œuvre collective. L'ensemble des prestations d'origine collective, fondé sur la notion de solidarité, est le fruit de son travail et celui des autres membres de la profession, voire même de la société.

A la rémunération, prix de la force de travail, fait place l'idée de rémunération extra-contractuelle que l'individu va recevoir comme prix de son activité, mise au service du groupement social.

2. — *La nécessité d'une rémunération extra-contractuelle.*

Seule la notion de salaire social permet de concevoir les procédés techniques propres à assurer la rétribution des activités dont le domaine se situe à l'extérieur du cadre du contrat de travail et qui ont l'homme pour finalité : le pré-salaire des étudiants ou des apprentis, le revenu de remplacement alloué à l'adulte qui suit des stages de formation professionnelle ou qui accède à l'université, le revenu familial de la mère, ne sont ni des secours, ni une assistance publique.

Ils s'analysent, pour celui qui les perçoit en un droit, ayant pour contrepartie une activité présente, exercée par son titulaire au profit de la collectivité. Cette activité « actuelle » est génératrice d'un revenu au profit de celui qui l'accomplit, parce qu'elle est un facteur contribuant au développement, non pas actuel, mais futur de la production des richesses matérielles. Dans une certaine mesure, le synallagmatisme et la relation entre les prestations échangées, travail social d'une part et salaire social de l'autre, ne sont pas momentanés et immédiats. Ils se situent dans le temps et dans l'espace.

En ce sens, le salaire social ne peut-il s'analyser également comme la rémunération extra-contractuelle de l'activité passée ou future ?

SECTION II

LE SALAIRE SOCIAL, REMUNERATION EXTRA-CONTRACTUELLE DE L'ACTIVITE PASSEE OU FUTURE.

Sous cet angle, le salaire social apparaît ainsi comme la projection dans le passé ou dans l'avenir de l'activité professionnelle. Il constitue,

pour son bénéficiaire, la mesure de son droit à la vie (22), dans l'hypothèse où ses facultés physiques ou mentales, ou même la situation économique, ne lui permettent pas encore ou ne lui permettent plus d'assurer par lui-même sa subsistance. Il exprime le sentiment de solidarité qui est le fondement des relations qui doivent s'établir entre les hommes. Les économistes analysent cette interdépendance en distinguant deux catégories d'individus : les actifs qui participent effectivement à la production, et les inactifs qui ne produisent pas et qui sont pris en charge par les productifs. Sur le plan juridique, le fondement du salaire social pourrait être dégagé avec netteté en fonction de cette analyse globale. Celle-ci, en effet, peut servir de point de départ si l'on examine le problème sous cet angle. Pendant sa vie active, le travailleur reçoit en échange de sa prestation de travail un salaire individuel, fraction de la valeur des biens produits, qui constituera les ressources indispensables à une existence décente, compte tenu du niveau du développement économique et social général existant. Le surplus sera distribué aux malades, aux vieillards et aux enfants sous forme de salaire social.

Si le salaire individuel a sa cause dans l'activité professionnelle actuelle du travailleur, le salaire social trouve son fondement dans l'activité passée ou future de ce même travailleur. Ledit salaire social est une sorte de rémunération différée pour les vieillards, une sorte de rémunération anticipée pour les enfants.

Cependant, alors que l'idée de rémunération différée d'une activité passée est concevable en l'état actuel de notre droit positif qui consacre cette conception, la notion de rémunération anticipée d'une activité future ne semble pas encore avoir été adoptée. On conçoit aisément qu'à la fin de sa vie, l'homme puisse espérer recevoir de la collectivité des ressources qu'il a contribué lui-même à créer par son apport personnel durant sa vie active. Il semble difficile d'admettre que l'homme puisse recevoir, avant l'heure, une rétribution qui anticiperait sur sa production future.

Les deux termes de notre proposition sont pourtant dialectiquement indissociables dans la mesure où ils permettent d'assigner au salaire social un fondement unitaire qui lui fait défaut présentement pour avoir valeur de concept scientifique et juridique.

La notion de salaire social ouvre ainsi la voie à la consécration définitive par notre droit positif d'un des droits sociaux reconnus par la Constitution, le droit à la sécurité, qui n'est au fond que l'expression sur le plan matériel et réel d'un droit fondamental de la personne humaine, le droit à la vie et à l'intégrité physique. La théorie juridique du salaire social rejoint indirectement la théorie juridique de l'homme.

A. — LE SALAIRE SOCIAL, EXPRESSION CONCRÈTE DES DROITS SOCIAUX DE LA PERSONNE HUMAINE.

Nombre de constitutions modernes, et parmi elles notre Constitution française dans son préambule, ainsi d'ailleurs que la « Déclaration

(22) François Villey, *Le complément familial du salaire*, p. 21.

Universelle des Droits de l'Homme » (1948), manifestent dans leur énoncé l'existence d'un mouvement allant des droits individuels aux droits des groupes, des libertés abstraites aux droits sociaux et économiques concrets. Ainsi est affirmé le droit de l'être humain à la sécurité matérielle et à la santé qui doivent lui être apportées par la collectivité lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité économique ou physiologique de travailler (23). Ces droits nouvellement énoncés viennent ainsi compléter les droits « individuels, naturels, inaliénables et sacrés de l'homme ».

Au cours de la présente étude nous avons fait l'inventaire des mesures inscrites dans notre droit positif et propres à assurer l'exercice réel du droit à la sécurité sociale. Le contenu de ce droit est apparu, non comme un don gratuit, un secours public de la société à l'égard de ses membres malheureux, tombés dans le besoin, mais comme un droit ayant sa contrepartie dans l'activité économique de chaque membre du groupe social. Cette contrepartie en est la justification juridique et économique. Elle se concrétise dans le droit au repos et le droit à la santé et à la vie.

1. — *Le droit au repos et à la rémunération différée de l'activité passée.*

Le repos est un besoin nécessaire à tout organisme vivant. La nature elle-même en est affectée comme en atteste le cycle périodique des saisons avec ses phases de léthargie et de renouveau. L'homme lui-même ressent la nécessité de reconstituer ses forces d'autant plus que dans notre monde contemporain il est enchaîné à la machine moderne qui lui impose sa cadence, son mouvement, son rythme. Pour le libérer de ce nouvel esclavage et lui restituer sa dignité humaine, la réduction du temps de travail journalier ou hebdomadaire a été une des revendications les plus anciennes du monde ouvrier (24). Mais cette amélioration des conditions de travail est apparue insuffisante si elle n'a pas pour complément un repos annuel compensateur pendant la vie active et un arrêt définitif de toute activité lorsque, à la dernière phase de son existence, l'individu voit ses forces l'abandonner. Alors que dans le premier cas, c'est le travailleur qui pourvoit par son salaire à ses frais du dimanche, il en va tout différemment pour les congés payés et la mise à la retraite.

a) *Le droit aux congés payés.*

Consacré dans les faits par le législateur, ce droit entraîne le paiement par l'employeur pendant les vacances d'une rémunération spéciale que la jurisprudence analyse comme un salaire différé acquis mois par

(23) Art. 25, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 : « Toute personne a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. »

(24) Lyon-Caen. *Manuel du Droit du travail*, p. 256.

mois. Dans sa conception actuelle, le congé payé demeure étroitement lié à la prestation individuelle de travail de son bénéficiaire.

Il ne se rattache pas encore à la notion de salaire social qui est un salaire redistribué en fonction des besoins. Quoique pendant le congé le salarié n'accomplisse pas de travail pour son employeur, la rémunération pour cette période est traitée en théorie et dans la pratique comme le salaire normal. Ceci explique que le droit aux congés n'est garanti qu'à ceux qui travaillent dans les cadres normaux des rapports du travail. Son extension à d'autres groupes sociaux, comme les travailleurs non dépendants, ne s'est pas encore posée en l'état actuel des structures sociales.

La notion de salaire social dans une acception très large pourrait permettre une orientation vers une telle extension, tout au moins au profit des éléments non salariés de la population, dont la condition sociale est très voisine de celle des travailleurs dépendants. Une telle tendance a déjà été consacrée en matière d'assurance vieillesse.

b) *La généralisation de l'assurance vieillesse.*

Tous les éléments de la population, à travers des mécanismes diversifiés, se voient reconnaître le droit au repos à partir d'un certain âge. Les pensions et allocations de vieillesse s'apparentent à un salaire social, ayant pour contrepartie l'activité passée de chaque membre de la collectivité.

C'est la restitution d'une quotité de la plus-value dont chaque individu a fait apport au patrimoine social pendant sa vie active. Cette « récompense » se rapproche insensiblement sur le plan juridique des « récompenses » dues à la liquidation du régime matrimonial à chacun des époux, pour l'apport en valeur dont a bénéficié la masse des biens communs, au détriment des biens propres. Elle s'en distingue par son aspect non individualiste : cette rémunération différée n'est plus toujours fonction de la prestation individuelle de travail.

Cette fiction du « retour d'une plus-value à chaque participant » révèle bien le fondement juridique du salaire social. C'est à cette même fiction qu'a eu recours le législateur dans le décret-loi du 29 juillet 1939, réglementant le « contrat de salaire différé » (art. 63 à 74). Des considérations économiques et sociales sont à l'origine de cette réforme, dont le but est de ne pas défavoriser les enfants restés avec leurs parents, exploitants agricoles, lors du partage de la succession, s'ils sont en concours avec frères et sœurs qui, ayant travaillé au dehors se sont constitué un patrimoine personnel. L'enfant resté à la terre peut réclamer une créance de salaire différé qui l'indemniserait partiellement des services rendus à l'exploitation familiale : véritable rémunération extra-contratuelle en contre-partie de sa collaboration.

On retrouve cette même idée de restitution de plus-value dans les règles jurisprudentielles qui gouvernent la liquidation du régime matrimonial : l'époux qui, par son travail personnel, a accru le patrimoine commun, aura droit en retour à prélever en nature ou en valeur le fruit de ses efforts.

Cependant, le droit à une rémunération différée à partir d'un certain âge découle aussi de la nécessité d'assurer les besoins de ceux qui ne peuvent plus produire : par cette finalité, il se rattache au droit à la vie.

2. — *Le droit à la vie et à la santé.*

Les prestations d'assurances sociales ou d'accidents du travail, ainsi que les allocations versées aux chômeurs, manifestent l'intérêt d'application de la notion de salaire social. Les malades, les invalides, les chômeurs sont titulaires d'un droit à une rétribution sociale car, en leur assurant la conservation ou la récupération de la santé, on crée les conditions propices à leur réintégration dans le circuit de la production.

Ces prestations d'entretien de la force de travail ont pour contrepartie le travail accompli dans le passé. Mais elles représentent aussi une espérance pour l'avenir : elles peuvent être, dans certains cas, si la réintégration dans la vie active est possible, une source de richesse pour la collectivité.

Cette idée de rémunération anticipée de l'activité future prend toute son ampleur si l'on recherche le fondement du droit aux allocations familiales.

B. — VERS LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'ACTIVITÉ FUTURE.

L'intérêt de la notion de salaire social envisagée sous cet angle prend une acuité insoupçonnée. Le fondement du nouveau concept juridique se précise. Le salaire social, contrepartie juridique de l'activité humaine, se projette dans le futur. L'idée est en germe depuis que la Cour de cassation, dans son arrêt célèbre du 11 février 1948, a fait des enfants les « véritables bénéficiaires » des allocations familiales. Celles-ci qui apparaissent rebelles à toute définition juridique précise, en l'état de la structure présente de nos institutions, retrouvent une explication unitaire : les allocations familiales ne sont-elles pas la rémunération anticipée de la main-d'œuvre future ?

1. — *L'assurance accident du travail prend en considération l'activité future des apprentis et des mineurs.*

Les articles 110 et 111 du R.A.P. du 31 décembre 1946 contiennent des règles qui dérogent, en faveur de certaines catégories d'assurés, les apprentis et les mineurs âgés de moins de 18 ans, aux modalités de calcul des indemnités journalières ou rentes accidents du travail. Celles-ci sont établies, en principe, en fonction du dernier salaire perçu par la victime. La rémunération des jeunes travailleurs est cependant inférieure le plus souvent à celle d'un travailleur normal. Parfois, ils n'en obtiennent aucune. Un impératif social conduit le législateur à calculer les prestations en espèces servies à ces assurés, en fonction « du salaire minimum

de la catégorie, de l'échelon ou de l'emploi qualifié où l'apprenti aurait été normalement classé à la fin de son apprentissage ». S'il s'agit d'un travailleur âgé de moins de 18 ans, la référence peut être, soit le taux minima de rémunération de cette catégorie, soit, à défaut, le salaire le plus bas des ouvriers adultes de la même catégorie.

Certes, le mineur non apprenti est moins bien traité que l'apprenti même majeur. Mais ceci mis à part, l'objectif poursuivi est identique. On s'efforce d'atténuer les conséquences de l'accident, qui peuvent diminuer les facultés de travail de la victime, bien au-delà de l'âge où l'un et l'autre auraient pu bénéficier d'un salaire normal. En allouant à l'apprenti des prestations supérieures à sa rémunération, on anticipe sur sa rémunération future.

Parce qu'il suspend les effets du contrat d'apprentissage, l'accident du travail retarde le moment où l'apprenti sera en état d'exercer sa profession et de recevoir un salaire normal. Le salaire social vient compenser ce manque à gagner.

Le contenu original de ces dispositions souligne l'existence d'un facteur d'évolution de notre droit positif. Il permet de découvrir une nouvelle analyse des allocations familiales.

2. — *Les allocations familiales, rémunération anticipée de la main-d'œuvre future.*

Serait-ce la dernière étape de la transformation de cette notion qui a fait l'objet, depuis sa création sous forme de « sursalaire », d'interprétations jurisprudentielles et doctrinales sans cesse remises en question par les modifications apportées à l'institution elle-même ?

Nous avons rappelé, au début de cette étude, les bouleversements qui ont affecté cette institution et en ont modifié la conception originaire.

Considérée d'abord comme un véritable accessoire du salaire, lié au contrat de travail, leur extension à toute la population active ou non active, aboutit à muter les allocations familiales du plan des rapports privés au domaine du droit public. Véritable service public d'intérêt général, elles sont une charge de la Nation, destinée à l'entretien des enfants.

Les auteurs modernes et la Jurisprudence, après les avoir détachées du droit du travail, les intègrent dans le droit familial (25), mais dès lors, leur nature juridique n'est pas nettement délimitée car les contours du droit de la famille restent imprécis en l'absence d'une application de la théorie de la personnalité morale à la cellule familiale.

C'est pourtant dans cette direction que le législateur s'est préalablement orienté. Il a mis l'accent sur l'idée familiale en décidant, dans la loi du 22 août 1946, que les allocations familiales naissent au profit du chef de famille qui reste le titulaire des droits en sa qualité d'allocataire.

(25) Rouast, Note sous Cass. civ. 21 février 1939 et 12 février 1940, D. 1941, J. 1. P. Durand, Droit social 1941, Tome XI. Allocations familiales et allocations de salaire unique.

Face à cette conception technique du droit du chef de famille, la Cour de cassation dans son arrêt du 11 février 1948 adopte une optique différente. L'enfant est le « véritable bénéficiaire » des allocations familiales. L'intérêt du problème se déplace : l'enfant, en tant qu'improductif, peut être considéré comme ayant des droits, indépendamment de ceux qu'il acquiert à partir d'un allocataire donné (26). La Cour suprême ne dit pas si l'on peut « reconnaître à l'enfant un véritable droit de créance contre la société, comparable à celui qui est reconnu aux vieillards, indépendamment de tout contexte familial » (27).

C'est bien l'« intérêt juridiquement protégé » de l'enfant qu'a cependant pris en considération la Cour de cassation dans son arrêt du 12 mai 1961 (28), qui prolonge ainsi la tendance annoncée par l'arrêt du 11 février 1948. La doctrine, d'ailleurs, ne s'y est pas trompée. Elle se demande si cette décision n'annonce point quelque manœuvre de grande envergure, marquant une conquête audacieuse de la Jurisprudence sur les textes existants.

Dans l'affaire qui était soumise aux juges, une veuve, Mme D..., ayant sept enfants dont elle ne pouvait assumer la garde, les avait confiés à la Direction départementale de la population à qui elle avait cédé ses droits de garde en un acte homologué par l'autorité judiciaire. La Cour d'appel de Nancy, le 10 mai 1957, avait admis le droit pour la Direction départementale de la population de percevoir les prestations en raison de ce droit de garde, alors que Mme D..., veuve d'allocataire, vivait en concubinage, ce qui entraînait la perte de la qualité d'allocataire.

L'institution publique ne pouvait donc être titulaire de droits en sa qualité de personne morale : elle n'avait que la possibilité d'exercer le droit de l'allocataire, en tant qu'*attributaire*. L'exercice d'un droit ne peut être admis que si son titulaire n'en est pas dépossédé.

Négligeant délibérément l'aspect technique du problème posé, à savoir la dissociation entre la qualité d'allocataire et la qualité d'*attributaire*, la Cour de cassation, faisant œuvre de droit prétorien, crée implicitement une nouvelle catégorie d'allocataires en décidant que l'article 17 § 6 du décret du 10 décembre 1946 confère à la Direction de la population :

« un droit personnel et direct »

à percevoir les prestations familiales liées au droit de garde qui lui a été attribué.

Cette décision est-elle justifiée ? Sur le plan exégétique, il paraît difficile de l'admettre. On peut, toutefois, retenir un argument d'analogie : le droit de la veuve d'un allocataire s'analyserait comme la survie du droit du prédécédé qui est transmis à l'institution publique par l'effet du droit de garde qui lui est conféré. Comme le souligne M. Dupeyroux, en note de l'arrêt, cet « étrange transfert pourrait-il se réaliser en sens inverse, lors de la restitution des enfants à la Dame D... » ? La 2^e Chambre

(26) J. Hochard, *Aspect des prestations familiales*, p. 159, *op. cit.*

(27) Dupeyroux, *Note sous arrêt*, C. Cass. Ch. civ. 2^e section civile du 12 mai 1961, *Dall.* 1961, p. 603.

(28) *Ibid.*

civile ne s'est pas préoccupée de ces problèmes. La solution qu'elle adopte reste, examinée sous cet angle, pleine d'équivoque, étant donné les dispositions de l'article 511 du Code de la Sécurité sociale qui affirment la conception classique familiale.

On peut chercher l'explication de la décision de la Cour suprême, en situant le débat sur un plan tout différent qui remet d'ailleurs en cause les attendus qu'elle développe. La solution adoptée ne trouve, en effet, sa justification que si l'on déborde le droit familial lui-même pour ne prendre en considération que l'enfant et son intérêt.

Le titulaire du droit aux prestations n'est pas celui à qui elles sont versées, allocataire ou attributaire, mais l'enfant lui-même à qui il faut reconnaître « *un droit personnel propre et direct* ».

Certes, la Cour de cassation ne pouvait, compte tenu des textes existants, aller jusque-là, mais son attitude dénote une évolution certaine, annoncée déjà en 1948 et qu'elle précipite en 1961 : tendance à l'admission d'une vocation propre de l'enfant aux allocations familiales.

M. Dupeyroux le souligne : « Centrée sur l'intérêt individuel de l'enfant, plus que sur celui de la cellule familiale, l'évolution contemporaine de la notion de prestations familiales est dans le sens d'un dépérissement progressif de cette notion ». Quel serait le fondement de ce droit personnel de l'enfant sinon l'activité future de celui-ci, laquelle justifie, sous la forme d'allocations familiales d'entretien, une rémunération anticipée ? Élément de son patrimoine, les allocations familiales sont ainsi versées à celui ou à celle, qui, ayant la garde de l'enfant, est chargé de l'administration de son patrimoine.

Ainsi s'explique également l'institution actuelle de la tutelle aux allocations familiales. Le droit à ces prestations serait, dès lors, ouvert à tous les enfants quelque soit leur rang et la situation de famille de leurs parents, même s'ils sont recueillis par des personnes morales. Dans certaines législations étrangères (Australie), l'existence d'un droit autonome de l'enfant n'est institué qu'au bénéfice des enfants orphelins. La notion de salaire social, plus extensive, permet ainsi d'inspirer, en matière d'allocations familiales, des institutions positives différentes de celles consacrées par le législateur. De nombreux projets de loi ont été élaborés en ce sens.

Cette orientation nouvelle met en valeur le concept de salaire social qui englobe dans son contenant comme dans son contenu, toute la vie du travailleur, depuis la naissance jusqu'à la mort. Cette prise en charge de l'homme par la collectivité, alors qu'il n'est pas en âge de travailler, n'est pas gratuite : l'activité humaine en est la cause nécessaire. L'effort individuel de chacun lui permet ainsi de prendre conscience de sa responsabilité individuelle et sociale. Cette prise de conscience n'est pas innée, elle doit être suscitée.

En outre, l'intérêt d'application le plus original, le plus inattendu, du concept de salaire social est de mettre en évidence que certaines activités humaines, qui ne peuvent s'intégrer dans un contrat de droit privé, ne sont susceptibles de trouver une contre-prestation que sous la forme d'une rétribution extracontractuelle qui ne peut avoir qu'un caractère social et non individuel.

Sous cet angle, le salaire social apparaît comme une institution appelée inéluctablement à une existence juridique autonome et distincte. Mais en venant se juxtaposer à la notion juridique classique du salaire individuel, qui, dans le cadre de nos structures sociales et économiques, affirme encore sa pérennité, le concept de salaire social permet déjà d'envisager le problème de la rémunération de l'individu sous son aspect tout à la fois social et humain. Cette conception dualiste du salaire déborde l'optique étroite du salaire-prix du travail, et lui substitue l'idée, combien plus large, mieux adaptée à la réalité économique et sociale, du salaire-expression en signes monétaires de l'activité humaine dans toute l'acception du terme.

Ainsi, elle ouvre des voies nouvelles, peut-être insoupçonnées, à la recherche scientifique, dans la mesure où elle pose en postulat la nécessité, l'exigence d'une identification de l'homme et de son travail créateur, quelle que soit la forme sous laquelle s'exprime l'activité humaine. Certes, notre droit positif ne renferme encore que les linéaments d'une telle évolution. Avoir tenté cependant de dégager le sens et la portée de cette orientation au travers des décisions de jurisprudence et des textes législatifs, c'est déjà implicitement avoir bouleversé la théorie juridique classique du salaire et avoir jeté les bases d'une reconstruction sur des données fondamentalement différentes. Encore convient-il d'observer que les processus de transformation de nos institutions juridiques obéissent à des lois naturelles bien connues. À côté des institutions nouvelles qui ont tendance à faire éclater l'ordre ancien, les techniques classiques survivent et leur servent même, pendant un certain temps, de revêtement. La naissance d'un concept nouveau n'entraîne pas de rupture brutale avec le passé.

Présentement, la conception classique du salaire individuel et la conception moderne du salaire social coexistent. Mais cette coexistence même est génératrice d'une confusion, précisément parce que la notion de salaire social n'est pas encore entièrement consacrée par le droit positif, alors que l'institution du salaire individuel est toujours bien vivante. Il en résulte que celle-ci tend à imprimer ses techniques à l'autre. Le salaire social demeure le « décalque » du salaire individuel. C'est l'étude des interférences qui tendent à s'établir entre les deux concepts, témoignage du lien de filiation qui les unit encore, qui fera l'objet de notre deuxième partie.

DEUXIEME PARTIE

*LA SURVIVANCE DES RELATIONS DU SALAIRE SOCIAL
ET DU SALAIRE INDIVIDUEL ET SES EQUIVOQUES*

Ainsi la notion de salaire social donne un contenu, un sens nouveau au travail qui devient dans ces conditions une fonction sociale, à l'extrême limite, une affaire d'honneur, et cesse d'être pour celui qui l'accomplit, une triste nécessité. Les rapports juridiques qui s'établissent entre les hommes s'en trouvent bouleversés : à l'idée de droits subjectifs, fondés sur l'existence d'un pouvoir de puissance reconnu à certains individus à l'égard des autres, fait place une conception objective garantissant à tous une véritable liberté et une véritable égalité dans l'exercice de leurs droits ; l'intérêt individuel se fond dans l'intérêt général. L'homme travaille, non pour lui-même, mais pour la société qui, en revanche, lui assure les moyens indispensables à son existence et au plein épanouissement de sa personnalité.

Cette idéologie nouvelle aspire, au-delà de son objectif, visant à l'amélioration des conditions matérielles de vie des hommes, à l'élévation morale des membres de la société. Son inspiration, profondément idéaliste, tend à renouveler les données de notre civilisation, comme a pu prétendre le faire le christianisme qui avait voulu redonner un sens nouveau à la destinée humaine. Cependant, de même que le christianisme n'a pas détruit, de fond en comble, la structure païenne qui lui était antérieure, de même, au sein de notre société contemporaine, les institutions anciennes subsistent dans le domaine juridique.

Certes, le salaire, le contrat de travail et la propriété privée demeurent des réalités juridiques qui ont évolué depuis 1804 par l'esprit nouveau qui les anime et par la fonction nouvelle qu'elles sont destinées à servir. Mais le processus de socialisation dont elles sont l'objet depuis un demi-siècle, n'a pas pour effet de transformer radicalement le droit positif français. En dépit de cette socialisation qui affecte le concept de salaire plus peut-être que tout autre, en raison même de sa valeur sociale et humaine, « le droit français », malgré tous les changements qu'il a subis, est le droit d'une société capitaliste individualiste et libérale (1). Le phénomène d'évolution du salaire reste lié à un phénomène d'ordre économique qui ne s'est pas produit en France ou qui ne s'y est produit que d'une manière limitée : la socialisation de l'économie et des forces de production reste cantonnée à quelques nationalisations.

(1) M. David, *Droit Civil comparé — Cours de Doctorat 1949-50 — Faculté de Droit de Paris*, p. 98.

Les entreprises qui en sont affectées « vivent d'ailleurs comme l'entreprise privée sur la conception du salariat » (2).

Si la philosophie juridique française s'oriente, en apparence, vers de nouvelles conceptions, la théorie de la socialisation du salaire n'a abouti, dans la réalité, qu'à une normalisation du salaire (3), en vue de réparer certaines injustices et à rien d'autre : il s'agit là, non pas de socialisation, mais simplement de normalisation du droit français, en vue de faire cesser les excès engendrés par une conception trop strictement individualiste et égoïste des rapports du travail. M. David le souligne dans son cours de Droit Civil comparé :

« Notre droit reste dominé par la théorie des droits subjectifs considérés comme fondement de l'ordre établi et de la liberté. Tant qu'elle subsistera, on peut perfectionner notre droit, l'acheminer vers une meilleure réalisation de la justice, conformément à un idéal moral qui est commun à tous les pays civilisés » (4). Il n'en résultera aucun bouleversement de l'ordre social et économique, bien que, dans le domaine du droit du travail et du droit de la Sécurité Sociale, nous nous soyons écartés de la façon la plus nette des principes juridiques admis en 1804.

L'optique du Code Civil était à l'échelle de l'homme, de l'individu contractant avec un autre individu. « L'optique actuelle, c'est la production collective et par voie de conséquence, la distribution collective » (5). Un contrat nouveau, à l'échelle de la collectivité, avec comme élément le salaire social, contrepartie du travail social est en voie de gestation. Mais dans son évolution, le droit positif français ne peut rompre définitivement avec la réalité existante : toute rupture supposerait une mutation des structures politiques et économiques vers des principes radicalement différents. Il en est bien ainsi du salaire social. Sa valeur en tant qu'institution nouvelle, appelée inéluctablement à la vie juridique, est certaine : mais des forces profondes tempèrent « l'accélération de l'histoire », s'attachant ainsi à conserver au droit quelque chose de permanent et d'intangible. Aussi, le salaire qu'il soit social ou individuel tout en devenant la rémunération du travailleur, reste quand même lié à la prestation de travail.

Cette survivance du concept classique de salaire s'affirme dans la mesure où la rémunération individuelle dépend toujours de l'intensité et de la qualité du travail fourni par un ouvrier déterminé. A côté, une rémunération sociale est allouée au travailleur en l'absence de toute contre-prestation accomplie dans le cadre d'un contrat de travail. Apparemment, par sa technique, le salaire social diffère profondément de la conception traditionnelle du Code Civil : il a pour fondement d'abord le travail « socialisé » ; dans sa finalité ensuite, son objet « alimentaire » prend en considération les besoins de son bénéficiaire. Alors que le salaire

(2) Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 290.

(3) P. Durand, *Rémunération du travail et socialisation du droit. Droit Social*, 1942, p. 23.

(4) David, *Déjà cité*, p. 99.

(5) Ripert, *Forces créatrices du droit*, p. 27.

individuel procède de l'idée de justice commutative, le salaire social recherche la réalisation d'une justice distributive.

Cette tentative de planification des besoins n'est-elle pas une chimère ? Elle repose, en effet, sur un postulat contestable : au sein d'un régime d'appropriation privée des biens, on conçoit l'existence d'un secteur collectivisé, où en vertu d'un principe diamétralement opposé, chacun travaillant selon ses possibilités, recevrait selon ses besoins. Le concept de salaire social n'apparaît-il pas comme la mise en œuvre d'un tel principe ? S'il en est ainsi, sa transposition du plan de la théorie juridique au domaine de la vie réelle se heurte à des obstacles, à la fois économiques et sociologiques.

Sous l'angle économique, le salaire social est la redistribution du produit du travail social. Une opération de répartition, visant à assurer à chacun le revenu qui lui est subjectivement nécessaire, n'est possible que lorsque les richesses résultant du travail social auront atteint un volume suffisant pour garantir à tous les individus au-delà de ce qui est nécessaire à leur existence. Encore faut-il que tous les membres de la société participent, directement ou indirectement, à la constitution de ce « fond commun », sorte d'épargne collective. Dans la mesure où seul un groupe social, celui des salariés, contribue essentiellement à son financement, il apparaît logique que les parties prenantes soient limitées à ce groupement. Ceci explique que l'idée de rationalisation du salaire se révèle plus précise et plus exacte que celle de socialisation du salaire qui sous-entend une réforme profonde des structures sociales et politiques.

Mais l'économie commande le social. Sentiments et comportements des hommes sont dans la dépendance des institutions existantes. La persistance d'une économie libérale et l'affirmation de droits subjectifs, sacrés, de l'individu ont pour effet de ne pas changer la nature profonde de l'homme. L'intérêt privé demeure le stimulant de l'activité humaine. L'homme social s'employant à fond, et risquant tout pour la communauté, parce qu'il est persuadé que celle-ci ne l'abandonnera jamais, n'est pas encore une réalité.

Il en est ainsi, même dans les pays où la collectivisation de l'économie est assurée ou en voie de l'être. L'homme de l'avenir ne se dégagera que lentement de la chrysalide où des siècles d'individualisme ont enfermé son processus de pensée dans un cheminement égoïste. Ces facteurs de résistance à l'échelle des psychologies et des structures économiques expliquent que le contenu de la notion de salaire social subisse des interférences tenant au milieu ambiant. Produit nécessaire, a-t-on souligné, du salaire individuel, dont il est une quotité « collectivisée », le salaire social reste soumis à l'influence de la technique classique du salaire lors de sa distribution. Certes, l'état de besoin conditionne son octroi, en demeure le fait générateur ; il se substitue alors, au salaire individuel, qui fait défaut. Cependant, parce que le salaire social comble l'absence de rémunération contractuelle, son quantum est apprécié par rapport à celui-ci. Est-ce une contradiction ? Apparemment une réponse affirmative s'impose. Toutefois, cette contradiction, c'est la vie même. Un lien juridique s'établit nécessairement entre le salaire social et le

salaire direct, afin de proportionner le premier au second. L'un et l'autre sont bien, par leur « finalité alimentaire », la mesure du droit à la vie de chaque travailleur ; mais cette mesure ne peut être uniforme pour tous. Admettre que des individus ont une manière identique de vivre et de se comporter, c'est proposer un égalitarisme ne tenant pas compte des particularités et des aspirations de chacun. Le salaire social variera, selon l'effort personnel des intéressés, afin de veiller à n'étouffer chez personne le stimulant du travail, le désir de s'élever, le sens des responsabilités (6). C'est la conception dominante du droit positif français qui, en encourageant l'énergie de l'individu pendant sa vie active, l'incite à atteindre à un niveau de vie élevé, qui sera la garantie d'un salaire social en relation avec son salaire individuel. Le besoin de sécurité et le goût du risque, tendances complémentaires de la nature humaine, retrouvent une expression originale dans le concept de salaire social.

Cette survivance des relations du salaire social et du salaire individuel s'affirme également quant aux personnes susceptibles de bénéficier de la protection légale : la prestation du travail est déterminante du paiement du salaire social. Celui-ci en tant qu'objet de droit obéit ainsi à deux règles complémentaires : il est fonction d'une part du salaire individuel, d'autre part de la prestation de travail. Ceci comporte une conséquence capitale. Le salaire social demeure réservé à certains membres de la collectivité et exerce un phénomène d'attraction sur les groupes sociaux qui sont exclus des sujets de droit.

Il s'ensuit une diffusion des statuts juridiques, et des mouvements de migration des non-salariés vers les salariés, ayant pour résultante l'octroi des mêmes avantages sociaux (7). Il s'agit dès lors de savoir si les règles qui gouvernent d'une part la détermination du salaire social en tant qu'objet de droit, d'autre part la détermination des sujets de droit du salaire social ne sont pas à l'origine de multiples équivoques.

(6) J. Lajugie, *La Sécurité Sociale*, p. 9.

(7) P. Durand, *op. cit.* Dt Social — mars 1956 — p. 145.

TITRE I

LA DETERMINATION DU SALAIRE SOCIAL EN TANT QU'OBJET DE DROIT

Il s'agit, désormais, de vérifier à quoi correspond la notion de salaire social en la situant dans la configuration présente de nos institutions, abstraction faite de leur évolution.

Cette analyse pleine d'intérêt a pour objet de marquer que si notre droit évolue, ce que personne ne songe à nier, il faut reconnaître que l'essentiel demeure. Aussi, la persistance des cadres juridiques traditionnels est-elle la source d'un conflit entre le nouveau droit qui s'élabore et qui n'est pas encore du droit et les règles existantes. A travers des processus d'élaboration, parfois contradictoires, le salaire social reste tributaire de la conception classique du salaire. Certes, sa finalité postule la garantie des moyens d'existence, mais, dans son application, le principe qui le gouverne révèle l'existence de deux idées-forces :

1°) D'abord, l'individu ne peut présentement recevoir de la communauté une rémunération sociale déterminée uniquement en fonction de ses besoins. La règle en vigueur est toujours : « de chacun, selon ses possibilités, à chacun, selon son travail ». Certes, quelques atténuations sont apportées à la rigueur d'un tel principe, mais ne sont-elles pas la preuve que la notion de salaire social n'a pas réussi à se dégager pleinement des conceptions entre lesquelles elles semblent se situer en l'état de notre droit positif ? De deux choses, l'une : ou bien le salaire social est un véritable salaire, prolongeant, se substituant ou préfigurant le salaire d'activité ; ou bien il s'apparente à une forme d'assistance, de secours, comme un tempérament apporté au jeu normal des mécanismes économiques. La notion moderne de salaire social ne s'est pas clairement affirmée entre ces deux options : elle participe de l'une et de l'autre à la fois, dans la mesure où *le salaire social est une équation du salaire individuel*, dans une proportion qui ramène dans de nombreux cas le salaire social au-dessous du minimum de subsistance.

2°) Ensuite, deuxième ligne de force qui n'est que le corollaire

de la première. Le salaire social, au même titre que le salaire individuel, a sa cause juridique immédiate dans la prestation individuelle de travail qui en conditionne le paiement. Le salaire social en tant qu'objet de droit, tout en devenant une obligation collective supportée par un groupe social et non par l'entreprise (1), suppose au préalable un équivalent de la part de celui appelé à en bénéficier ; au même titre que le salaire proprement dit, *il se rattache indirectement à l'exécution de la prestation de travail.*

(1) P. Durand, *op. cit.* Dt Social mars 1956, p. 145.

SOUS-TITRE PREMIER

LE SALAIRE SOCIAL, FONCTION DU SALAIRE INDIVIDUEL

Il faut entendre, par là, qu'une relation, une proportionnalité peut être établie entre les prestations sociales et le salaire d'activité de l'individu. Ce qui revient à poser le problème de savoir si la fixation du taux du salaire social doit se faire par référence ou non au salaire direct.

Une observation préalable s'impose. La plupart des systèmes contemporains de protection sociale posent deux règles complémentaires qui influent sur la solution de cette question, quelle que soit l'optique qui sera définitivement adoptée. La première, c'est que les prestations ne doivent pas être inférieures à un taux minimum, sous peine, en raison de leur insuffisance, de rendre sans effet la sécurité qu'en attend son postulant : fixées à un niveau trop bas, elles font figure d'assistance et de secours et ne correspondent plus à la notion de salaire social. L'autre règle, à l'opposé de la précédente, en est le complément dans la mesure où elle pose une limite maxima. M. Alvin souligne en cette matière (1) : « une idée courante est qu'on ne saurait donner une même valeur aux deux salaires (d'inactivité et d'activité) et qu'il est indispensable de laisser entre eux une marge qui incite le salarié à rester inactif le moins longtemps possible ». Cette préoccupation part du souci d'empêcher ou de réduire la fraude de la part des assurés ou bénéficiaires inactifs, dont on veut décourager les abus éventuels. Socialement et psychologiquement justifiée, elle est prise en considération par la plupart des législations contemporaines : celles-ci admettent néanmoins que toute idée de fraude est exclue dans certains cas, notamment lorsque la cessation d'activité est due à la maternité, à une longue maladie, à des opérations d'une certaine gravité ou à un accident entraînant une atteinte à l'intégrité corporelle. Dès lors, la règle peut comporter un assouplissement : aucun inconvénient ne s'oppose à ce que le salaire d'inactivité se rapproche et même égale le salaire d'activité ; toute concurrence entre ces deux éléments n'étant plus à craindre.

Ceci étant posé, il reste à résoudre le problème essentiel : le salaire social sera-t-il ou non fonction du salaire direct ? Deux systèmes s'opposent, procédant chacun de l'une ou de l'autre alternative.

(1) L. Alvin, *Salaire et sécurité sociale*, p. 334.

Première option : les prestations sont uniformes, identiques pour tous les bénéficiaires, assurant une sécurité minima quels que soient les risques couverts.

Telle est la conception anglo-saxonne garantissant à chacun un revenu au moins égal au minimum vital. Aucun lien de dépendance ne relie l'allocation compensatrice aux gains antérieurs de l'assuré. Cette égalité des prestations est corrigée dans sa rigidité, soit par l'initiative de chaque assuré qui conserve la possibilité de rechercher une garantie plus complète dans l'assurance volontaire facultative, soit grâce à l'aide complémentaire de l'Etat, par le canal de l'assistance en faveur des éléments les plus humbles. Ce système appliqué en Grande-Bretagne s'explique par l'originalité du système de financement adopté. A l'uniformité des prestations servies correspond l'uniformité des cotisations exigées de la part des bénéficiaires. En outre, dans une proportion de 56 % environ, le budget de la Sécurité Sociale est alimenté par des ressources fiscales.

Un mouvement se dessine actuellement en Grande-Bretagne pour l'abandon d'un tel système, héritier du Plan Beveridge. Celui-ci a l'avantage de l'universalité quant aux bénéficiaires, tous les citoyens ayant vocation à être garantis, du Roi d'Angleterre jusqu'aux miséreux de l'East End, mais présente l'inconvénient du défaut d'adaptation des prestations de remplacement au salaire d'activité ; ce qui donne le sentiment d'une sécurité moins effective, la perte de ce dernier étant insuffisamment compensée. Divers projets sont élaborés en vue d'établir une proportionnalité entre les prestations et les gains, à l'exemple de ce qui a lieu dans la plupart des autres systèmes contemporains de Sécurité Sociale : Etats-Unis — France — Etats socialistes de l'Est européen et U.R.S.S.

Ceux-ci adoptent l'autre option diamétralement opposée à la conception britannique : les prestations sont modelées sur la situation des intéressés et proportionnellement aux revenus perdus. Le but assigné n'est plus la garantie d'un minimum vital mais la sécurité des revenus provenant du travail ou plus simplement des salaires. Cette optique se rattache apparemment au concept de salaire social dont les traits essentiels ont été dégagés. Il aboutit, en vérité, à un phénomène d'individualisation des prestations : le salaire garanti varie avec l'effort personnel de chacun. Dans cette mesure, on peut soutenir qu'il rejoint le concept traditionnel du salaire dont il s'inspire.

Aussi, ce dernier système se heurte-t-il à diverses objections, selon que le salaire individuel est trop faible ou trop élevé. Dans le premier cas, si le salaire direct s'établit au niveau du minimum de subsistance, le salaire social représentant une fraction de la totalité du gain perdu se fixera au-dessous de ce qui est nécessaire à l'entretien d'un homme ; la sécurité du salaire sera insuffisante, inférieure, en tous cas, à celle accordée par un système de prestations uniformes se référant au minimum vital.

Dans le second cas, un salaire social proportionné à des gains très importants a pour conséquence de conserver à l'individu un niveau de vie élevé, en l'absence de toute prestation de travail. La protection sociale ne peut avoir pour objectif l'attribution de prestations en espèces qui

seraient considérées comme un luxe, eu égard à leur montant. La difficulté réside précisément dans la fixation d'une limite raisonnable. S'il est aisé d'évaluer les besoins minima d'un individu, encore que les multiples discussions qui, à l'heure actuelle, entourent la fixation par l'autorité publique du salaire minimum interprofessionnel garanti, en démontre le contenu subjectif, non dépourvu d'arbitraire, il est extrêmement délicat de fixer des limites maxima au-delà desquelles les besoins satisfaits auraient un caractère somptuaire.

Ce choix peut consister, soit à fixer des proportionnalités dégressives, soit à instituer un plafond sur lequel sera calculé le salaire social. Le droit positif français adopte tantôt l'un, tantôt l'autre procédé. Le lien juridique entre le salaire social et le salaire individuel n'est donc plus absolu ; dans certains domaines, il est même inexistant, car toute relation avec les gains d'activité disparaît en raison même de la nature des besoins à satisfaire. Nous savons que cette exception à la règle de la proportionnalité avec le salaire direct joue essentiellement dans le domaine d'une part, des prestations en nature de l'assurance maladie, d'autre part, des prestations familiales et des allocations vieillesse ou de chômage.

Cette absence de relation s'explique dans le premier cas par l'objet des indemnités versées, lequel postule la compensation de besoins anormaux : frais médicaux, pharmaceutiques ou d'hospitalisation, qui apparaissent alors même que le travailleur n'a pas interrompu son activité professionnelle. De surcroît, les charges qu'entraînent la maladie et l'accident en matière de soins, sont variables et non forfaitaires, selon la gravité et la durée de l'atteinte à l'intégrité physique ou mentale. Elles ne sont pas supportées par le salaire individuel ; indépendantes, de celui-ci, leur étendue indéterminée est liée au rétablissement de la santé.

Les autres prestations sont sans lien juridique avec le salaire direct pour des raisons plus techniques que juridiques. Les prestations familiales sont à un taux uniforme pour tous, leur objet étant de couvrir des besoins résultant de la présence au foyer de personnes qui consomment sans produire. Ces besoins sont appréciés « in abstracto » et non « in concreto », les charges familiales, estimées identiques pour tous, étant indépendantes du montant des ressources professionnelles du foyer.

Enfermé dans ses contradictions, le droit positif français rejette l'idée d'une dégressivité des allocations familiales en fonction du salaire individuel et attribue des prestations égales pour tous. Quant aux allocations de vieillesse et de chômage, l'absence de relation avec le salaire individuel s'explique par le fait que leurs éventuels bénéficiaires n'ont pas contribué au « fonds commun » pendant leur vie active.

En revanche, un lien juridique est établi entre le salaire social et le salaire individuel dans le domaine des prestations en espèces de l'assurance maladie ou accident, des pensions d'invalidité ou de retraite. Mais il convient de rechercher :

— d'abord, si cette règle de proportionnalité obéit à un principe unitaire quel que soit le risque couvert. On observe alors que la loi de la relativité domine la matière, que chaque cause d'interruption de

travail a son propre régime d'indemnisation. D'où la nécessité d'examiner dans quels domaines le principe du lien juridique conserve un intérêt pratique d'application ;

— ensuite, en fonction de cette première analyse, si la relation entre ce salaire social et le salaire individuel a pour effet d'assurer une garantie « réelle » des moyens d'existence. On constate ici que la règle de proportionnalité et la relativité des solutions adoptées selon le risque couvert et même suivant les personnes bénéficiaires, comportent une conséquence capitale : la garantie du salaire, dans certains cas, se révèle illusoire. Eu égard à cette fiction, l'idée de salaire social n'est point dépourvue d'équivoque.

CHAPITRE PREMIER

L'EXISTENCE D'UN LIEN JURIDIQUE AVEC LE SALAIRE DIRECT

La survivance de la conception classique du salaire se révèle dans les systèmes de Sécurité Sociale où le financement du salaire social est assuré par des cotisations professionnelles, calculées généralement en pourcentage des salaires : un rapport relie les prestations aux gains antérieurs de l'assuré ; cette corrélation entre le mode de financement et les prestations entraîne une conséquence juridique : le salaire social se présente comme le décalque du salaire individuel, dans toutes les hypothèses où les prestations de Sécurité Sociale se substituent au gain professionnel ; leur objet est d'assurer le maintien des moyens d'existence comme le ferait le salaire lui-même, lequel disparaît en l'absence de contrepartie d'un travail actuel (1). Cette conception découle de l'idée que les avantages accordés à l'assuré doivent nécessairement être proportionnés à la participation à l'œuvre commune de solidarité ; en ce sens, son inspiration s'analyse, paradoxalement, comme d'inspiration individualiste, et souligne la persistance de la notion classique de l'Assurance Sociale au sein des systèmes modernes de protection sociale, l'indemnité versée étant fonction du montant de la prime acquittée. Certes, une telle appréciation serait excessive si on ne la tempérait pas de quelques remarques.

La règle de la proportionnalité subit, parfois, des atténuations qui en altèrent le principe, soit d'une façon capitale, soit d'une manière accessoire et secondaire. L'aménagement essentiel, auquel on attache une conséquence capitale, est l'institution d'un plafond supérieur qui limite les prestations (2) : on peut néanmoins se demander si l'existence d'un plafond-limite pour les prestations en espèces porte réellement atteinte à la règle de la proportionnalité. Pas nécessairement, car elle coïncide, en règle générale, strictement et automatiquement, avec un salaire-limite sur lequel sont calculées les cotisations.

Ainsi, à des obligations limitées correspondent des droits limités : il y a parallélisme, synallagmatisme entre les droits et les obligations.

(1) Précisons que le terme générique de prestations « en espèces » englobe ici dans un sens très large, aussi bien les indemnités journalières de l'assurance maladie ou maternité, ou accident du travail (incapacité temporaire) que les pensions ou rentes vieillesse, que les rentes d'accident du travail.

(2) L. Alvin — *Salaire et Sécurité Sociale*, pp. 24 et suivantes. P. Durand — *La politique contemporaine de la Sécurité Sociale*, pp. 263 et 328.

La proportionnalité, pour n'être pas intégrale, n'en subsiste pas moins par l'effet d'une limite identique. Notons, cependant, qu'il n'en est pas toujours ainsi : en matière de rente d'accidents du travail, le plafond des prestations disparaît pour faire place à un système de taux dégressif. Cette exception souligne le particularisme des accidents du travail au sein du Régime général de la Sécurité sociale ; le caractère autonome de cette branche spéciale des régimes de protection sociale se révèle aussi à propos des aménagements accessoires apportés à la règle de la proportionnalité entre le salaire social et le salaire direct.

Ces correctifs se situent sur deux plans : celui du salaire antérieurement perçu, à considérer comme élément de référence pour le calcul du salaire social ; celui de la valeur du pourcentage du salaire direct. Il en résulte une diversité de procédés techniques auxquels il est difficile de trouver une justification, mais que l'on tente d'expliquer en faisant appel à la notion de besoins.

Le montant du salaire social est fixé, soit à partir du dernier salaire mensuel pour les indemnités journalières de l'assurance maladie — maternité ou accidents du travail (incapacité temporaire) ; soit en fonction du salaire d'activité de toute la carrière de l'assuré en réduisant, pour des motifs de commodité de preuve, la période considérée aux dix dernières années d'assurance, ce qui est le cas des pensions de vieillesse et d'invalidité ; soit en fonction du dernier salaire annuel, règle adoptée pour le calcul des rentes d'accidents du travail. Il s'agit toutefois de variétés de détail qui ne bouleversent pas le principe : *le salaire social reste lié juridiquement au salaire direct*. En est-il de même lorsqu'on considère la valeur du salaire social en pourcentage du salaire direct ?

Dans ce domaine, c'est le règne de la plus grande disparité : on a recours à une multiplicité de formules, selon les risques couverts et surtout suivant les régimes. La garantie du salaire n'est pas assurée de façon identique selon la cause d'inactivité ; alors que l'on admet, en principe, qu'il y a une unité des risques sociaux, examinés sous l'angle d'une de leurs conséquences, la perte du salaire ou du revenu, la mise en œuvre de ce principe atomiste en est la réfutation : la maladie, l'invalidité, le chômage, la vieillesse et l'accident représentent une fraction du salaire direct, variable d'un risque à l'autre. Ce pluralisme de solutions est-il justifié ? A la limite, cette relativité des solutions adaptées à telle ou telle situation fait contraste avec la conception atomiste, affirmée comme principe directeur, du lien juridique devant exister entre le salaire direct et le salaire social.

Au travers de cette diversité de solutions, un effort de synthèse permet cependant de découvrir l'existence de deux systèmes de garantie du salaire absolument dissemblables : celui des accidents du travail, dont le particularisme procède de l'idée que le lien juridique entre le salaire direct et le salaire social doit recevoir un intérêt « réel » d'application ; celui de l'indemnisation des autres risques sociaux où la règle de la proportionnalité bien qu'affirmée dans son principe est réfutée dans la pratique, ce qui rend toute protection illusoire.

SECTION PREMIÈRE

*LA REALITE DE LA GARANTIE ET SON DOMAINE
D'APPLICATION : LES ACCIDENTS DU TRAVAIL*

La réparation des accidents du travail révèle ce trait original d'être toujours plus avantageuse pour la victime qui bénéficie d'un traitement de faveur en comparaison du droit commun de la Sécurité sociale. Ce libéralisme, qui affecte toutes les règles juridiques de l'institution, s'explique pour des raisons historiques tenant aux conceptions qui ont présidé à l'éclosion du système d'indemnisation et en ont profondément orienté l'évolution. Aussi, malgré l'intégration des accidents du travail dans les procédés indifférenciés de protection sociale, la conception traditionnelle de la réparation des risques professionnels a résisté à une fusion complète avec les autres éléments du système de la Sécurité sociale (3). La conception moderne des accidents du travail ne s'est pas pleinement affirmée. Cette résistance a eu pour effet, d'une façon assez paradoxale, de conférer à l'institution, dans sa structure présente, une valeur d'« exemple » par rapport aux autres branches d'indemnisation, celles des risques non professionnels : maladie, invalidité, vieillesse. On a cherché à justifier ce particularisme par l'idée que le travailleur victime d'un accident du travail est tombé sur le champ d'honneur du travail comme le soldat sur le champ de bataille et qu'il a droit à la même sollicitude. La comparaison comporte certains éléments de vérité : on célèbre aujourd'hui les héros du travail ; les promotions de médaillés du travail remplacent, en temps de paix, celles de médaillés militaires. Elles sont la preuve de la haute considération humaine attachée à ce devoir envisagée, dans les sociétés antiques, comme un signe d'« avilissement ».

Peut-on admettre, cependant, qu'un tel raisonnement puisse conduire à traiter différemment la victime selon la nature professionnelle ou non du risque social ? Sous l'angle des conséquences sociales, certes non, car la situation de la victime est identique ; l'objet de la protection sociale est la garantie des moyens d'existence à la victime qui est obligée d'interrompre sa prestation de travail, provisoirement ou définitivement, partiellement ou totalement.

L'accident du travail pose des problèmes de même nature que la maladie : ce qui justifie son incorporation dans le système de Sécurité sociale. Dans un cas comme dans l'autre, la technique qui consiste à compenser la perte du salaire obéit aux mêmes règles. Pourtant la législation des accidents du travail apparaît plus protectrice dans la mesure où le régime de l'indemnisation acquiert un caractère plus

(3) P. Durand, *op. cit.* pp. 204 et suiv.

objectif : la réparation des accidents du travail s'efforce de s'adapter le plus possible à la réalité ; les prestations en espèces allouées à l'invalidé du travail, surtout dans le domaine des rentes d'incapacité permanente, compensent dans une proportion appréciable, la perte réelle des revenus résultant de l'invalidité. Le salaire social se substitue au salaire individuel sous forme de valeurs équivalentes. Tel est le principe appliqué, malgré quelques atténuations qui lui sont apportées dans un but de justice sociale. L'indemnisation des accidents du travail tend ainsi vers la réparation intégrale du dommage subi, celui-ci n'étant pas apprécié, selon le jeu normal des règles traditionnelles de la responsabilité, en une valeur en capital mais en une rente « réelle » venant combler le vide de la perte du salaire individuel. Ces principes, ébauchés par la conception classique des accidents du travail, restent valables dans la conception moderne de la Sécurité sociale.

A) LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DES ACCIDENTS DU TRAVAIL.

Cette conception n'est, au fond, que la traduction d'une idée d'équité qui, comme un sentiment profond de justice, domine la conscience contemporaine et ébranle la notion traditionnelle de responsabilité civile : « tout dommage accidentellement subi par un individu ou un groupe d'individus doit, dans une société bien construite, trouver une réparation assurée » (4). Il faut, en tout état de cause, indemniser la victime et déterminer un responsable ayant charge de réparer. La transcription, dans les faits, d'un tel objectif se heurte à l'un des primats du droit de la responsabilité qui, dans l'ordre juridique, est le reflet de la responsabilité morale : le fondement de la responsabilité réside toujours dans l'idée de faute, qu'il s'agisse de faute prouvée ou de faute présumée. Au-delà, il n'y a place que pour une responsabilité sans faute admise d'une manière limitée par la plupart des auteurs et par la jurisprudence dans des cas bien déterminés où la nécessité d'une réparation s'impose avec une force particulière.

La loi du 9 avril 1898, relative aux accidents du travail et celle du 25 octobre 1919, concernant les maladies professionnelles, consacrent pour la première fois cette théorie nouvelle tendant à une socialisation des risques, et qu'on a qualifiée de théorie de la responsabilité objective, par opposition à la responsabilité fondée sur la faute, parce qu'elle exclut tout élément subjectif d'appréciation pour ne retenir que le plan de la causalité matérielle. Cette théorie, élaborée par certains auteurs, en particulier par les Professeurs Saleilles et Josserand (5), assigne comme fondement à la responsabilité la notion de risque créé : la preuve que la réalisation du dommage est due à une faute n'est plus exigée. Le res-

(4) R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, pp. 245 et suivantes.

(5) R. Saleilles — *Les accidents du travail*, 1897.

L. Josserand — *La responsabilité du fait des choses inanimées* 1898.

pensable est celui dont l'activité se rattache au dommage car, ayant les avantages de cette activité, il en supporte les inconvénients, c'est-à-dire, en particulier, la charge des dommages causés à autrui : « ubi émolumentum, ibi onus ». Il en est ainsi même si les risques résultent d'un cas fortuit ou de la force majeure. A la responsabilité pour faute présumée, on substitue l'idée de présomption irréfragable de responsabilité. Celle-ci est utilisée par le législateur en matière d'accidents du travail sous une acception nouvelle : la notion de risque professionnel, en vue de créer les conditions permettant de mieux indemniser les accidentés du travail, auxquels l'état de subordination inhérent au contrat de louage de services confère une position d'infériorité dans la mise en œuvre du droit commun de la responsabilité. Le droit classique des accidents du travail est donc né en réaction contre l'insuffisance des règles posées par le Code Civil dans le domaine des relations du travail. Il reste, cependant, tributaire en partie des principes traditionnels de la responsabilité civile dont il s'inspire : cette double conjonction, apparemment contradictoire, comporte de multiples conséquences juridiques quant aux modalités d'exécution de l'obligation de réparation qui prend un caractère original : les dommages-intérêts se présentent sous la forme d'un salaire social lié juridiquement au salaire direct.

I. — *Origine et fondement du droit à réparation en matière d'accidents du travail.*

L'indemnisation des accidents du travail fut réglementée bien avant la loi du 9 avril 1898. L'antiquité l'organisait déjà au sein de certains groupements d'entr'aide professionnelle (eranes grecques), d'une façon plus que limitée ; des secours sont servis au Moyen-Âge par les confréries des Corps de Métiers en faveur des compagnons invalides. On trouve des dispositions relatives aux accidents dans l'ordonnance de Colbert sur la Marine, en 1681. Les règlements des manufactures se préoccupent également de garantir les ouvriers contre les risques professionnels.

Ces dispositions éparses ne constituent pas un système de protection mais bien plutôt une assistance, une aide. Au XIX^e siècle, les règles des articles 1382 et suivants du Code Civil sont employées pour indemniser les accidentés du travail. La technique se révèle cependant insuffisante pour l'organisation d'une indemnisation satisfaisante face au développement du machinisme, qui accroît dans une proportion considérable les moyens d'action de l'homme et multiplie les causes de préjudice dans les ateliers et les entreprises. Cette infériorité manifeste du droit commun de la responsabilité est à l'origine de la loi du 9 avril 1898.

a) *L'insuffisance du droit commun de la responsabilité.*

Elle se révèle sur deux plans, celui de la responsabilité délictuelle et celui de la responsabilité contractuelle. L'idée de revenir aux règles de la responsabilité contractuelle est émise dès 1883, par une partie de

la doctrine belge (Saintelette) et française (Sauzet) (6). Elle offre l'avantage de permettre le renversement de la charge de la preuve. L'existence d'un contrat de travail par l'effet duquel le salarié « loue sa force de travail à l'employeur, n'oblige-t-elle pas celui-ci à rendre l'objet du contrat sain et sauf au terme de l'engagement conclu librement » ? D'après l'art. 1732 du Code Civil le locataire répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute. De même, l'employeur peut être déclaré responsable de l'inexécution de son obligation. De quelle obligation s'agit-il ? Il faut imaginer alors qu'une obligation de sécurité est sous-entendue dans le contrat de travail, l'employeur étant tenu comme un véritable dépositaire, en vertu de l'art. 1927 du Code Civil, d'apporter à la conservation de la chose tous les soins d'un « bon père de famille ». L'accident du travail est le fait matériel établissant le manquement à cette obligation contractuelle de sécurité du travailleur : l'employeur est de plein droit responsable, comme en matière d'obligation de résultat, sans qu'il soit besoin de prouver qu'il a commis une faute.

Cette théorie, admise en Belgique par la jurisprudence des tribunaux du fond mais rejetée par la Cour de Cassation (7), est repoussée également par la jurisprudence française (8) en matière de contrat de travail, bien qu'elle soit adoptée en 1911 à propos du contrat de transport des voyageurs.

Elle se heurte à une série d'objections : la force de travail est une émanation de la personne humaine ; l'objet du contrat de travail n'est pas une chose inanimée, pareille analyse est contraire à l'évolution du droit contemporain marqué par l'abandon du concept de travail-marchandises. Un tel système présente des inconvénients pour les deux parties : l'employeur ne pourrait s'exonérer même en démontrant l'existence d'une faute intentionnelle de la victime, ce qui entraîne une lourde responsabilité. En revanche, il a la faculté de se dégager en prouvant que l'inexécution de l'obligation de sécurité, c'est-à-dire l'accident, est due à un cas fortuit ou à un cas de force majeure, ce qui est très défavorable pour l'ouvrier.

Enfin, la situation de celui-ci se révèle catastrophique dans l'hypothèse où l'employeur a stipulé à son profit dans le contrat une clause expresse d'exonération. Plus désavantageuse encore sera sa condition si l'on met en jeu la technique de la faute prouvée de la responsabilité délictuelle. L'ouvrier devra, aux termes de l'art. 1382 du Code Civil, apporter la preuve d'une faute de l'employeur et ne sera garanti que si un lien de causalité est établi entre cette faute et le dommage causé par l'accident.

Observons que le contrat de travail est une convention conclue entre deux parties d'inégale puissance et l'on mesure, socialement et psycholo-

(6) Sauzet — *Responsabilité des patrons* — Rev. Critique 1883.
Saintelette — *Responsabilité et garanties* — 1884.

(7) Cass. 15 avril 1889 — D.P. 1890 — 1.136.

(8) Cass. 28 mars 1889 — Belg. jurid. 1889-938 ; S. 1890.4.17.

giquement, les difficultés insurmontables qui empêchent l'ouvrier de reconstituer ces deux éléments, indispensables pourtant pour assurer son indemnisation. S'il y parvient, il peut encore se voir opposer un partage de responsabilité, lorsque l'accident est dû en partie ou exclusivement à sa faute, qu'elle soit grave ou légère (imprudence), ce qui est fréquent dans ce dernier cas, l'accoutumance au danger créant l'inattention du salarié ; il peut également se heurter à l'insolvabilité de l'employeur qui retire ainsi à la victime toute garantie de paiement de l'indemnité.

Pour parer à ces difficultés, la jurisprudence croit pouvoir découvrir dans l'alinéa 1^{er} de l'art. 1384 le principe général d'une responsabilité du fait des choses :

« On est responsable, non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait... des choses que l'on a sous sa garde. » La Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre Civile du 16 juin 1896 (9), l'admet pour la première fois et adopte la position de la doctrine, sans pour autant faire état de la notion de risque créé.

C'est déjà un progrès par rapport à la responsabilité du fait personnel : le salarié n'a nullement besoin de prouver la faute de l'employeur pour mettre en jeu la responsabilité de celui-ci. Mais le cas fortuit et la force majeure ont toujours dans ce système, de même que la faute de la victime, valeur d'exonération. L'idée de faute réapparaît par un détour : il n'y a que faute présumée, sous-entendue dans l'art. 1384 alinéa 1^{er}, et non risque créé, notion qui exclut toute cause d'exonération.

Cette notion de présomption de responsabilité, indépendante de toute idée de faute, le législateur l'introduit dans la loi du 9 avril 1898, sous la qualification de risque professionnel, créant ainsi « un principe nouveau de responsabilité » (10), ayant ses propres règles distinctes de celles du droit commun.

b) *Le fondement du droit des accidents du travail.*

Les principes qui gouvernent la réparation des accidents du travail présentent ainsi des traits originaux qui n'ont pas été modifiés par les textes subséquents : la première loi était réservée aux salariés de certaines industries seulement ; la réparation a été étendue aux diverses professions salariées. La loi du 1^{er} juillet 1938 l'applique à tous les accidents survenant par le fait ou à l'occasion du travail, en quelque lieu que celui-ci s'effectue et à tout employeur quel qu'il soit ; auparavant, la loi du 25 octobre 1919 avait porté extension aux maladies professionnelles de l'indemnisation des accidents du travail.

Toutes ces dispositions n'affectent pas le fondement de l'institution qui reste dominé par deux idées-forces : la notion de risque professionnel et le principe de responsabilité individuelle de l'employeur.

(9) S. 1897. 1.17 — Note de A. Esmein ; D. 1897.1.453. Note Saleilles.

(10) P. Durand, *Pol. Cont. SS.*, p. 41.

a) *La notion de risque professionnel* n'est qu'une adaptation à la matière spéciale des accidents du travail de la notion jurisprudentielle et doctrinale de risque créé, fondée sur le profit retiré de l'usage de la chose qui est à l'origine du dommage et qui est la raison d'être de la responsabilité. Elle est incluse dans l'art. 1^{er} de la loi de 1898 :

« Les accidents survenus par le fait du travail ou à l'occasion du travail donnent droit, au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité à la charge du Chef d'Entreprise ». L'accident, cause génératrice du droit à indemnité, vaut titre ; il n'y a pas à rechercher s'il procède d'une faute de l'employeur ou de l'ouvrier, d'un cas fortuit ou de la force majeure (11). Par l'activité qu'il déploie, l'employeur crée des risques qu'il doit réparer sans s'assurer s'il a ou non commis une faute, ni même vérifier si la nature de l'activité exercée est ou non dangereuse. Le cas fortuit ou la force majeure font partie des risques attachés à cette activité dont il retire le profit et dont il doit supporter, en conséquence, les inconvénients. Toute activité comporte des risques pour celui qui agit ; il est juste que le chef d'entreprise les supporte, même si aucune faute précise ne peut lui être reprochée : charge utile, puisqu'elle l'incite indirectement à prendre des mesures de sécurité. C'est sous un certain angle une application spéciale de la théorie du risque d'établissement : l'entreprise supporte la destruction, l'usure de son matériel ; elle supporte aussi les accidents de son personnel, risques normaux qui entrent dans les éléments de tout calcul économique.

β) Indirectement, la notion de risque professionnel pose le principe de *la responsabilité individuelle de l'employeur*, consacrée pour la première fois dans la loi anglaise de 1897. L'action en réparation est engagée contre lui : il est à l'origine du dommage parce qu'il exerce une autorité qui est une source de responsabilité. La loi du 1^{er} juillet 1938 est, sur ce point, la confirmation législative des décisions de jurisprudence qui suivirent la loi de 1898. C'est la nature du contrat liant le salarié à l'employeur qui ouvre droit à réparation et non la nature de l'exploitation.

L'idée de risque d'autorité élargit et complète l'idée de risque professionnel, le salarié étant garanti dès lors qu'il apporte la preuve « par tous moyens » de sa qualité (art. 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1938). L'employeur est seul responsable et supporte la charge des accidents qui surviennent dans son entreprise, sur tous ses biens ; le privilège de l'art. 2101 du Code Civil garantit la créance en indemnité de la victime ou de ses ayants droit. A la différence de certains droits étrangers (Belgique, Angleterre) le droit français n'impose pas à l'employeur l'obligation de se couvrir auprès d'une compagnie d'assurances par une assurance de responsabilité ; il garde la faculté de le faire selon les règles du droit commun de la responsabilité. Cependant, si le droit commun détermine toujours les conditions d'exercice de l'action en réparation, il n'en est

(11) Note de l'avocat général Sarut — S/Cass. 21.1.1903); D. 1903 I. 105.

plus de même lorsque l'on envisage le résultat auquel aboutit cette action en dommages-intérêts ou les modalités selon lesquelles va s'exécuter l'obligation de réparation. Les principes traditionnels sont alors entièrement bouleversés par le fondement même du droit des accidents du travail.

II. — *Les conséquences juridiques de la conception classique des accidents du travail*

Elles sont le résultat d'un compromis entre le droit commun de la responsabilité et le droit nouveau des accidents du travail, lequel se révèle sous deux aspects : la réparation n'est plus intégrale, mais forfaitaire ; des mesures garantissant le paiement de la réparation sont organisées pour améliorer le sort des victimes.

Le principe de la responsabilité individuelle de l'employeur n'établit pas la sécurité des accidentés qui peuvent se heurter, soit à l'insolvabilité de leur débiteur, notamment lorsque celui-ci n'a pas pris la précaution de contracter une assurance de responsabilité, soit à l'insuffisance de l'assurance s'il a été néanmoins prévoyant. Pour éviter ces imprévus, les art. 24 et 25 de la loi de 1898 instituent un fonds spécial de garantie, géré par la Caisse des Dépôts et Consignations, sorte de syndicat alimenté par des cotisations patronales et dont la fonction de caution est de suppléer, en tant que débiteur secondaire, à la carence du débiteur principal. Le droit classique des accidents du travail contient déjà en germe les facteurs de son évolution : le fonds de garantie ne préfigure-t-il pas la disparition de la responsabilité individuelle au sein d'un système de garantie collective, obligatoire pour tous les employeurs, seul moyen de mettre à l'abri du sinistre aussi bien l'auteur du dommage que la victime elle-même ? Ainsi s'amorce le mouvement qui détachera le droit des accidents du travail de l'idée de responsabilité et le conduira à l'assurance obligatoire.

Cependant, et en revanche, la notion de risque professionnel comporte des conséquences trop brutales pour que le législateur n'en atténue pas la portée ; la majorité de la doctrine reste hostile, avec la jurisprudence, à la généralisation de l'idée de risque créé qui impose un fardeau exagéré au seul auteur du dommage en ne recherchant pas si la victime elle-même n'a pas participé dans une certaine mesure et matériellement à la réalisation du dommage. En vue de concilier les intérêts en présence, il faut une compensation au libéralisme manifesté à l'égard de la victime qui sera toujours indemnisée sans avoir à faire la preuve d'une faute de l'employeur. Cette contre-partie — les droits de compensation accordés à l'employeur — se situe sur le terrain de l'indemnité : la réparation sera, en principe, forfaitaire, partielle et n'égallera pas nécessairement le préjudice causé. La loi institue, de « *lege ferenda* », un véritable partage tacite de responsabilité. Le système de la faute est toujours présent et exerce inéluctablement son influence sur le droit

des accidents du travail. N'y a-t-il pas là, un compromis entre les deux conceptions de l'idée de responsabilité, l'une fondée sur la faute et l'autre sur le risque ?

Cette solution transactionnelle, qui retire au juge le contrôle du montant des dommages-intérêts, résulte des lois de 1898 et 1938. L'employeur supporte les frais médicaux-pharmaceutiques et les frais funéraires s'il y a décès, dans les limites d'un barème déterminé. L'accident entraîne souvent la perte du salaire ; la réparation consiste à verser au salarié à titre de dédommagement un revenu de « remplacement » : ce sont les indemnités journalières en cas d'incapacité temporaire ; en cas d'incapacité permanente, la rente ; en cas de décès, les rentes aux ayants-droit à charge.

Les premières représentent la moitié du salaire antérieurement perçu ; elles sont portées aux $\frac{2}{3}$ de ce même salaire au-delà du 33^e jour d'incapacité. Quant aux rentes, leur objet est de compenser la réduction permanente, totale ou partielle, de la capacité de travail, appréciée en fonction d'un barème indicatif d'invalidité, identique à celui en usage pour les pensions militaires. Mais, dans leur évaluation, deux correctifs affirment le caractère partiel de l'indemnisation et le lien qui la rattache au salaire individuel :

— d'abord, la rente est calculée par rapport au dernier salaire annuel perçu par la victime au moment de l'accident. C'est l'un des éléments objectifs permettant d'évaluer le préjudice subi. La rente a pour objet la compensation de la perte réelle du revenu individuel ; ce principe comporte une première altération : les salaires élevés subissent un abattement, dans un but de justice sociale ; cependant, en dépit de cette restriction, l'éventail des salaires est conservé et se répercute sur le montant de la réparation.

— ensuite, et pour les mêmes raisons, la fraction du taux d'incapacité inférieure à 50 % est réduite de moitié ; il n'y a donc pas de proportionnalité rigoureuse entre le taux d'invalidité et l'étendue réelle du dommage ; il y a même une certaine progressivité découlant de l'idée que l'accident grave exige une réparation plus complète.

Une relation identique avec le salaire individuel est établie par les dispositions prévoyant des rentes en faveur des survivants qui, au décès de la victime, étaient à la charge de l'accidenté : conjoint, enfants, descendants ou ascendants. Sous une certaine forme, c'est la réapparition du droit à réparation des héritiers, existant en matière civile, pour le dommage atteignant les éléments du patrimoine. Le revenu du salarié est considéré comme un élément de son patrimoine destiné à subvenir aux besoins du ménage : la perte de ce revenu doit être compensée à l'égard des personnes qui en étaient indirectement les bénéficiaires avant l'accident mortel.

Le principe de la réparation forfaitaire est cependant abandonné dans des hypothèses où le droit commun de la responsabilité retrouve prétexte à utilisation ; il s'agit, d'une part, de la faute intentionnelle de la victime qui entraîne la perte de tout droit aux indemnités en espèces ; d'autre part, de la faute non intentionnelle mais inexcusable, soit de l'employeur, soit du salarié : dans le premier cas, les obligations de

l'employeur seront aggravées car il sera tenu de la réparation intégrale sur son patrimoine personnel, toute assurance en responsabilité contre la faute inexcusable étant interdite (art. 468 Code S.S. al. 4) ; dans le second cas, les rentes aux victimes et aux ayants-droit seront réduites.

Ceci révèle le contenu contradictoire du droit classique des accidents du travail qui fait appel à la technique de la faute tout en prétendant la rejeter, qui, tout en se fondant sur la notion de risque créé, adopte l'idée d'une réparation partielle et non intégrale. Cependant, la conjugaison de ces idées, dégagées sur le plan de la théorie juridique, entraîne de nombreuses conséquences pratiques : la réparation des risques professionnels est garantie d'une façon plus satisfaisante que celle des risques non professionnels. Son objet est la compensation de la perte du salaire individuel résultant de l'accident, dans une proportion qui tend vers la réparation intégrale et sauvegarde l'éventail des salaires. Ne faut-il pas y voir les raisons qui ont permis à la législation des accidents du travail de conserver son particularisme, malgré son intégration dans le système général de la Sécurité sociale ?

B. — LA CONCEPTION MODERNE DES ACCIDENTS DU TRAVAIL.

M. Paul Durand formule cette observation : « l'accident du travail ne résulte pas d'un simple hasard, il survient au cours d'une activité organisée par l'employeur et dans l'intérêt de celui-ci » (12). Même dans la conception moderne de la Sécurité sociale, on ne peut complètement négliger la notion de risque. En revanche, la responsabilité individuelle de l'employeur disparaît avec la socialisation de l'assurance des accidents du travail prévue par l'ordonnance du 4 octobre 1945 (art. 1^{er}, 2^e alinéa) et réalisée par la loi du 30 octobre 1946 (13), qui précise dans son article 83 (art. 496 du Code de la S.S.) : « La réparation... est supportée intégralement par les Caisses de Sécurité sociale... ».

Ce double mouvement, marqué par la disparition de l'idée de responsabilité individuelle de l'employeur au profit d'une garantie collective assurée par le corps social et la survivance des idées traditionnelles sur le risque professionnel, confère une originalité particulière au droit positif français des accidents du travail.

I. — *La disparition de la responsabilité individuelle et personnelle de l'employeur.*

La création du fonds spécial de garantie, couvrant les salariés accidentés ayant un employeur insolvable ou insuffisamment assuré auprès d'une compagnie privée, annonçait déjà l'idée d'une responsabilité collec-

(12) P. Durand, *La Polit. cont. de la Sécurité sociale*, p. 206.

(13) Après l'ordonnance du 4 oct. 1945, l'assurance obligatoire des accidents du travail avait été ébauchée par l'ordonnance n° 45.2453 du 19 oct. 1945. Celle-ci ne fut jamais appliquée, la loi du 30 oct. 1946 prenant effet à la même date du 1^{er} avril 1947 l'ayant abrogée. Loi du 30 oct. 1946 (*J.O.* 31 oct. 1946, *J.C.P.* 1946 III 11.534). Ord. 19 oct. 1945 (Commentaire Gauguier) *J.C.P.* 1946 I.539.

tive répartie sur tous les chefs d'entreprises, amortissant entre eux les risques selon le mécanisme de l'assurance. La loi allemande du 6 juillet 1884 n'avait-elle pas adopté cette technique et organisé l'indemnisation des accidents du travail comme simple branche du système d'assurances sociales ? Inévitablement une évolution devait conduire à un régime analogue en France, eu égard aux critiques soulevées par le système de la responsabilité individuelle : obligation pour la victime d'engager à l'encontre de l'employeur une action judiciaire, parfois longue, coûteuse et incertaine quant à son résultat ; attribution aux compagnies privées d'assurance de la gestion du risque, source de profit immoral étant donné l'aspect « alimentaire » des indemnités servies aux victimes. L'emprise de l'Etat est la solution consacrée par la loi du 30 octobre 1946, qui, au-delà de la responsabilité collective, crée une responsabilité du corps social tout entier à travers les institutions de Sécurité Sociale. Celles-ci représentant un débiteur toujours solvable, la victime aura donc une garantie certaine. Son droit à indemnisation sortira à effet sans action en justice dès lors qu'est établie la relation de cause à effet entre le travail et l'accident, même si ce lien est très lâche comme par exemple, pour les accidents du trajet qui surviennent « à l'occasion du travail ».

Le système traditionnel est-il réellement bouleversé ? A l'égard de la victime, cela ne fait aucun doute, si l'on envisage la totale certitude, qui lui est concédée, de percevoir sa réparation en l'absence de faute intentionnelle de sa part. A l'égard de l'employeur, c'est moins évident. Apparemment, l'idée de responsabilité individuelle subsiste et les textes nouveaux ne suppriment pas le complément de réparation dont il peut être tenu, personnellement, si, par sa faute inexcusable, il a contribué à la réalisation du dommage. En outre, les contributions patronales ne sont pas uniformes, contrairement à la pratique anglaise, pour tous les employeurs. Elles varient selon la nature de l'activité professionnelle : pour les entreprises de faible importance, le taux sera uniforme à l'intérieur de la profession ; pour les autres, le législateur s'efforce d'accentuer l'individualisation de la charge en fonction du risque propre à chaque entreprise.

Plus l'activité exercée se révèle dangereuse, plus élevé sera le poids de la cotisation. A la limite, la grosse entreprise supporte directement le coût des accidents qui s'y produisent, à travers le taux des cotisations. Bien qu'étant différé dans le temps, le montant de la charge ne s'en trouve pas modifié. L'intervention d'un organisme intermédiaire, l'institution de Sécurité sociale, entre l'employeur et le salarié, n'altère pas, en apparence, le principe juridique de la responsabilité individuelle de l'employeur. Par un phénomène saisissant, celle-ci réapparaît de plus en plus au fur et à mesure que les dimensions de l'entreprise s'accroissent ; peut-être faut-il noter que la grande entreprise s'apparente, par son étendue et son importance, à un « service public » dont la solvabilité sera toujours garantie par l'Etat. Ceci expliquerait que l'art. 4 de la loi du 30 octobre 1946 ait prévu la possibilité par voie réglementaire, d'accorder la gestion totale ou partielle du risque aux collectivités, établissements ou services d'intérêt public. Dès lors, l'idée de responsabilité individuelle se dilue, n'a plus le sens qu'on lui accorde

à l'égard de l'employeur privé considéré comme un homme isolé. Par une transition insensible, on passe à une responsabilité collective et même sociale.

En vérité, dans la réalité concrète, au-delà des mécanismes juridiques, toute responsabilité personnelle et individuelle de l'employeur disparaît, hormis l'hypothèse déjà soulignée de la faute inexcusable, reflet de la notion de responsabilité morale qui ne peut et ne doit pas être anéantie, parce qu'elle se rattache à l'idée de sanction pénale moralisatrice. Cette disparition est le résultat de l'incorporation du droit des accidents du travail dans le système général de la Sécurité sociale. Pourquoi ne pas considérer que le responsable ne saurait être que le véritable et final débiteur de la réparation ? Est-ce encore l'employeur ? Pas nécessairement, il est le « débiteur juridique » des cotisations d'accidents du travail versées aux organismes sociaux, celui désigné par les textes ; il n'en est plus le « débiteur matériel », puisque l'entreprise tient compte des cotisations dans les frais généraux ou dans le calcul de ses prix de revient. Il s'ensuit que la cotisation qui représente le prix de la réparation est payée directement par le consommateur, au même titre que la charge du salaire.

La cotisation s'apparente à un élément du salaire affecté aux besoins de la main d'œuvre accidentée ; elle n'est pas prélevée sur le patrimoine de l'employeur, comme le seraient des dommages-intérêts versés selon les principes du droit commun de la responsabilité. On mesure l'ampleur du bouleversement : non seulement la victime est à l'abri du besoin, ce qui est éminemment logique et souhaitable, mais l'employeur lui-même ne supporte plus les conséquences de son activité, dont il tire cependant profit.

Le risque est socialisé, amorti par le corps social (14). La notion de risque créé, qui laissait subsister la responsabilité personnelle de l'employeur, se trouve dépassée. L'accident du travail est-il encore un risque professionnel ? Cette acception conserve-t-elle toute sa valeur, face à ces perturbations nées de l'avènement de la législation de la Sécurité sociale, dont l'objet est de « garantir les travailleurs et leur famille, contre les risques de *toute nature*, susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain » ? (15)

Cette conception très large de la notion de risque semble aboutir à faire de l'accident du travail, non plus un risque inhérent à la vie professionnelle, mais un risque social ne se distinguant en rien des autres risques inhérents à la vie sociale. On constate, cependant, que l'accident du travail conserve un certain particularisme, malgré son incorporation dans la législation de Sécurité sociale : les principes traditionnels, qui étaient à la base de l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles, ont survécu à la fusion ; les règles d'évaluation de la réparation sont le signe d'une survivance de l'idée de risque professionnel.

(14) R. Savatier, *Du Droit Civil au Droit Public*, 2^e éd., pp. 160 et suiv.

(15) Art. 1^{er} al. 1 — Ordonnance du 4 oct. 1945.

II. — *La survivance de la conception classique de risque professionnel.*

Il est curieux d'observer que la loi du 30 octobre 1946 n'opère pas un véritable remaniement de fond de la législation de 1898 et 1938 dans le domaine du calcul des indemnités dues aux victimes d'accidents du travail. Les règles précédemment élaborées sont, certes, aménagées, améliorées dans un sens favorable aux bénéficiaires de l'institution nouvelle. Ce plus grand libéralisme s'inscrit dans le processus d'évolution et l'esprit de la politique de Sécurité sociale. Mais l'esquisse générale de la construction procède toujours, dans ses grandes lignes, de l'optique que l'accident ou la maladie qui atteint le salarié, par le fait ou à l'occasion du travail, ne sont pas de même nature que les risques physiologiques non professionnels, communs à tous les hommes.

Ils ne représentent pas une inéluctabilité, mais sont la conséquence inévitable du travail industriel, qui en est la cause ; le risque professionnel est un produit du machinisme et de la civilisation, en attendant que celle-ci à son tour crée, par le développement des mesures de prévention sociales ou techniques, les moyens d'en atténuer la fréquence ou de le faire disparaître. Il survient donc au cours d'une activité utile à la collectivité (16).

Cette raison paraît suffisante pour que la victime fasse l'objet d'un traitement de faveur. Au fond, c'est le contenu même du contrat de travail et des obligations qu'il engendre qui en est l'enjeu. Le louage de services, ayant pour objet une activité humaine, engage la personne comme telle et se rattache aux droits des personnes (17). On retrouve cette idée dans la doctrine allemande du XIX^e siècle (Gierke) qui reprochait au contrat de travail d'être trop inspiré du droit romain, et dont le Code Civil allemand porte la trace dans son paragraphe 618, lequel impose au maître une obligation de protection à l'égard du co-contratant. Certes, l'employeur n'a aucun droit sur la personne du salarié, mais le salarié place sa force de travail à la disposition de l'employeur. Parce que la personne humaine est l'objet du contrat, toute atteinte portée à son intégrité physique ou mentale, par le fait du travail ou à l'occasion de celui-ci, a des conséquences patrimoniales, se traduisant par la réparation du préjudice subi. Il naît de cette atteinte une créance de dommages-intérêts qui fait partie du patrimoine de la personne (18).

Cette créance a d'autant plus de prix, dans notre société contemporaine, que l'aptitude au travail de l'individu se révèle plus apte à assurer son existence que la propriété privée des biens. La valeur de cette créance ne s'en trouve pas modifiée par le fait que son débiteur n'est plus l'employeur mais un organisme-tiers, l'institution de Sécurité sociale. Elle

(16) P. Durand, *op. cit.*, p. 210.

(17) P. Durand et A. Vitu — *Traité de droit du travail*, p. 201.

(18) P. Kaiser — *Les droits privés attachés à la personne humaine*, Cours de Doctorat. Faculté de Droit d'Aix-en-Prov. 1961. (inédit).

figure à l'actif du patrimoine du salarié en compensation de la perte de certains droits extra-patrimoniaux. Tout ceci explique que le droit des accidents du travail ait conservé un caractère autonome au sein de la législation de Sécurité sociale : les nouveaux procédés d'évaluation du préjudice n'ont pas été bouleversés parce qu'ils se sont révélés les plus appropriés à assurer le maintien « réel » des moyens d'existence dont bénéficiait l'individu avant la survenance de l'accident ou de la maladie professionnelle.

Cependant, en vue d'adapter dans chaque cas particulier la réparation au dommage réel, la loi du 30 octobre 1946 abandonne le principe d'une indemnisation uniforme, pour toutes les blessures de même nature, pour prendre en considération la situation sociale des intéressés ; en outre, elle introduit un synchronisme entre les indemnités ou rentes versées et les salaires effectifs pour réaliser une adaptation de la réparation aux modifications du coût de la vie : la conception qui prédomine est donc celle d'une garantie « réelle » du salaire individuel, lequel constitue, dans le patrimoine du salarié, la valeur de sa force de travail appréciée « in concreto » et non « in abstracto ». Il s'ensuit que l'indemnisation présente un double caractère : elle est individuelle et personnelle ; elle est « réelle ».

a) *Le caractère personnel et individuel de l'indemnisation.*

Cet aspect de la législation des accidents du travail est moins apparent en matière de prestations d'incapacité temporaire. On observe, toutefois, qu'à compter du 29^e jour d'interruption du travail l'ordonnance du 19 octobre 1945 porte le montant de l'indemnité journalière aux deux tiers du salaire. « En vérité, comme le souligne M. Alvin, le taux de l'indemnité est en fait, pour les vingt huit premiers jours, de 57,7 % du salaire effectif et au-delà de 76,9 % de ce même salaire (19) ; et ceci, par le jeu d'un artifice qui consiste à évaluer la perte du salaire journalier individuel subi du fait de l'incapacité, en fonction exclusivement du nombre de jours ouvrables, et à conférer le droit à l'indemnité compensatrice pour tous les jours ouvrables ou non, dimanches et jours fériés compris.

En revanche, l'adaptation de la réparation à chaque cas particulier est mise en évidence, à propos des prestations de l'incapacité permanente, dans deux domaines : celui de la détermination du taux de réduction définitive de la capacité de travail, celui du salaire direct de référence servant au calcul de la rente compensatrice.

α) La loi du 30 octobre 1946 abandonne l'ancienne conception objective d'incapacité de travail « stricto-sensu », qui fixait l'atteinte portée à l'intégrité physique ou mentale d'une façon arbitraire, selon les principes appliqués par la législation sur les pensions militaires et victimes civiles de la guerre. Elle lui substitue une conception subjective, plus large et moins rigide, « d'incapacité générale de gains », prenant en

(19) L. Alvin — *op. cit.*, pp. 217 et suiv.

considération, en même temps que la nature de l'infirmité, l'âge organique et non l'âge de l'état-civil, les facultés physiques ou mentales, les aptitudes et la qualification de la victime, éléments permettant d'apprécier le champ ouvert à l'activité de l'accidenté qui peut être appelé à se porter vers d'autres professions. La réduction de la capacité s'apprécie, non pas eu égard à la seule profession antérieure de l'intéressé, mais par rapport à celle qu'il peut pratiquer, compte tenu de ses possibilités de reclassement et de la conjoncture du marché du travail. La rente sera proportionnée « à la réduction que l'accident a fait subir au salaire » (20) qu'elle a pour finalité de remplacer ou de compléter.

« La méthode imposée par le législateur s'inspire du souci d'adapter, autant que faire se peut, la réparation au préjudice corporel, social et économique subi par la victime ; cette méthode donne le pas à une appréciation individuelle, humaine, sur l'application d'une formule mathématique » (21). La jurisprudence a admis en ce sens, sous l'empire de la loi de 1898, qu'une degré, si minime soit-il d'incapacité, suffit pour justifier l'indemnisation à condition que l'infirmité ait une incidence, sinon sur le salaire, du moins sur le rendement du blessé (22). La notion d'incapacité diffère ici profondément de celle admise dans l'assurance invalidité où une réduction des deux tiers de la capacité de gain est requise pour prétendre à une pension. Dans son principe, elle existe dès lors que la force de travail se trouve diminuée et qu'il est nécessaire de compenser l'appauvrissement qui en résulte sur le plan du salaire individuel.

β) Cette compensation, toutefois, ne sera pas intégrale : la conception de réparation forfaitaire survit dans le droit moderne, au moment de la détermination du salaire individuel permettant de fixer la rente compensatrice. De même, le taux d'incapacité n'est pas retenu dans son entier, il subit un abattement. Dans l'évaluation de la rente, le salaire effectif n'entre en compte que pour une fraction ; c'est ce que l'on qualifie de « salaire annuel réduit ». En fait, les préoccupations qui sont à la base de ces dispositions procèdent, semble-t-il, beaucoup plus d'une idée de justice sociale que de la pure logique ou même de l'idée de réparation forfaitaire. Les raisons qui les motivent s'expliquent par le souci d'éviter que les indemnités versées ne deviennent des « prestations de luxe ». En même temps, on institue une progressivité dans les taux. C'est ainsi que le salaire est retenu en entier jusqu'à une limite déterminée, avoisinant actuellement le plafond limite des cotisations (23) ; pour le surplus du salaire, et jusqu'à un niveau très élevé, seule une fraction du tiers est prise en compte (24) ; au-delà, il est complè-

(20) Cir. Minist. 323 S.S. du 22 nov. 1948.

(21) Cir. Minist. S.S. du 22 nov. 1948.

(22) Cass. Req. 30 déc. 1935 — Réc. Gl. Ass. 1936-386, Lyon 10 mai 1939, D.H. 1939, 411.

(23) Cette limite était au 1^{er} mars 1962 de 11.985,30 F. alors que le plafond des autres prestations était fixé à 9.600 F.

(24) Fixé au 1^{er} mars 1962 à 47.941,20 F.

tement négligé. Ainsi, la rente tend à être proportionnelle au salaire réel lorsque les revenus de l'accidenté sont faibles. Cette rigueur mathématique est tempérée, au fur et à mesure que le salaire s'accroît, par l'institution d'un système dégressif. C'est un aspect du réalisme de la législation qui prend en considération, à côté de la réparation spécifique, la notion de besoins ; la réparation est personnalisée, l'incapacité étant génératrice de conséquences d'autant plus graves pour la victime que son salaire individuel se situe à un niveau plus bas. Toutefois, ces mêmes principes, appliqués au taux d'évaluation de la rente, ne se justifient plus et ne devraient plus avoir leur place dans la législation nouvelle. Dans le cadre des lois de 1898 et 1938, la fraction du taux d'incapacité inférieure à 50 % était réduite de moitié. La loi du 30 octobre 1946 maintient la règle mais, en compensation, augmente de moitié la quotité du taux excédant 50 %. Il s'ensuit que la réparation sera intégrale lorsqu'il s'agit d'une incapacité permanente totale ; si l'incapacité n'est que partielle, le taux d'évaluation de la rente ne sera plus strictement proportionnel à la perte générale de gain, c'est-à-dire à l'étendue réelle du dommage. C'est une des principales critiques formulées à l'égard du régime des accidents du travail et les fédérations de mutilés du travail réclament sur ce point l'application de la règle de la réparation intégrale.

On a cherché à donner une explication aux dispositions actuelles, en faisant encore appel à la notion de besoins : plus la réduction de la capacité est élevée, plus grandes en sont les répercussions sur les moyens d'existence de l'individu. Ce nouveau procédé est équitable et logique, car il n'est pas douteux que plus l'infirmité est grande, plus la victime est progressivement atteinte dans ses moyens de vivre et de faire vivre les siens (25). Il s'agit cependant davantage d'une explication que d'une justification. A vrai dire, le droit moderne fait toujours application du principe de la réparation forfaitaire qui était valable dans le cadre du risque professionnel et de la responsabilité individuelle de l'employeur. Cette réduction des droits de la victime était alors la contre-partie des facilités de preuve qui lui étaient accordées à l'égard de l'employeur, lequel supportait, en outre, le fardeau d'une présomption irréfragable de responsabilité.

Cette construction se justifie-t-elle encore lorsque les accidents du travail sont intégrés dans le système de Sécurité Sociale ? La disparition de toute responsabilité personnelle de l'employeur devrait entraîner comme conséquence l'abandon de tout partage de responsabilité sous réserve d'une réduction intangible, assimilable à une sanction ou clause pénale, en cas de faute inexcusable ou intentionnelle du salarié. Ce système aurait l'avantage de la simplicité et de la clarté, la victime étant à même d'apprécier si elle n'est pas lésée dans l'évaluation du dommage réel, alors que la complexité des règles actuelles n'est pas à la portée du profane. D'ailleurs, la pratique des commissions d'invalidité révèle que les taux d'incapacité font souvent l'objet, de la part du corps médical, d'une fixation majorée afin d'obtenir, au profit de l'accidenté,

(25) Gauguier — Comment. ord. 19 oct. 1945. J.C.P. 1946, I.539.

une réparation se rapprochant du dommage réel, malgré la mise en jeu des réductions.

Ces inconvénients sont cependant tempérés par une série de dispositions qui confèrent à l'indemnisation un contenu réel. Celle-ci n'est pas fixée « ne varietur » au jour de l'accident ; elle est modelée aux variations de la vie. Ce caractère dynamique de l'indemnisation, qui se projette dans le temps et dans l'espace, est l'autre trait original du droit moderne des accidents du travail.

b) La réalité de la réparation des accidents du travail.

C'est un des aspects de l'influence des facteurs économiques sur le droit. Généralement, dans le droit commun de la responsabilité, la réparation consiste dans une somme d'argent, un capital. La jurisprudence, quant à l'évaluation de ce « capital », s'est posé la question, très importante pour la victime, de savoir, en période d'instabilité monétaire, à quelle date il faut se placer pour évaluer le préjudice. La Cour de Cassation (26) retient, non pas la date à laquelle s'est produit le fait dommageable, mais la date de la demande ou celle du jugement statuant sur cette demande, pour tenir compte des répercussions monétaires ; la valeur nominale du titre de réparation s'en trouve déjà rehaussée, mais il conserve sa fixité.

En matière d'accidents du travail, il en va tout autrement ; la victime reçoit un titre « réel », le droit à une « rente sociale » dont la valeur est adaptée aux variations du coût de la vie. L'institution de Sécurité Sociale prend en charge l'individu sa vie durant. On peut considérer cette « tutelle » comme oppressive ; elle offre pourtant l'avantage d'empêcher que le salarié soit, comme dans le droit commun, livré à son sort, avec à sa disposition immédiate un capital d'indemnisation qui peut se déprécier.

La rente est à la fois le complément et le substitut du revenu individuel dont elle épouse les fluctuations. Elle assure pour cela une sécurité plus forte qu'un simple capital qui peut être aisément dilapidé ; cette sécurité est renforcée par le fait qu'il s'agit d'une rente viagère réversible sur la tête des survivants à la charge de l'assuré, si l'accident est suivi de mort, disposition qui n'existe dans aucun autre domaine de la législation de Sécurité Sociale, sauf en matière de vieillesse et d'une façon limitée puisqu'elle est réservée au conjoint.

En contre-partie, cette adaptation à la réalité concrète a pour conséquence une révision des droits de la victime, si celle-ci retrouve dans le futur une capacité de gain supérieure à celle existant au moment de la consolidation de la blessure. En revanche, ses droits seront majorés s'il y a aggravation de l'incapacité consécutive à l'accident. Il en résulte que la rente est un véritable salaire social dont la caractéristique essentielle est d'être calculé en fonction du salaire individuel effectif et supposé du moment et non sur un salaire fixé dans le passé (27).

(26) Voir Req. 24 mars 1942 — G.P. 19 mai 1942.

(27) L. Alvin, *op. cit.* p. 234.

α) Le caractère dynamique de l'indemnisation :

Il est mis en évidence par la prise en considération des facteurs qui viennent modifier l'étendue du dommage réel dans le temps ; ces facteurs d'ordre économique ou d'ordre physiologique sont tantôt extérieurs, tantôt inhérents à l'état de la victime.

Les facteurs d'ordre physiologique sont susceptibles de modifier le quantum de la réparation. La législation du risque professionnel a de tout temps admis qu'en cas de changement dans l'état de la victime, les rentes accidents du travail pourraient être révisées. Cette action en révision, enfermée dans un délai de prescription de 3 ans, sous l'empire de la loi de 1898, a désormais un caractère permanent et peut être engagée à tout moment, sous réserve de modalités d'application, à la demande de la partie intéressée, victime ou institution de Sécurité Sociale. Ce droit est même transmissible aux ayants droit, dans le cas particulier du décès de la victime par suite des conséquences de l'accident (28).

Ainsi, une nouvelle fixation des réparations intervient en cas d'aggravation ou d'atténuation des infirmités. Du même coup s'effacent toutes les distinctions que le Code Civil établit entre le dommage direct et immédiat et le dommage indirect (art. 1151), selon le caractère prévisible ou imprévisible de celui-ci (art. 1150), entre le dommage futur et le dommage éventuel. L'atteinte à la capacité de travail est appréciée dans le temps ; négligeable aujourd'hui, elle peut se révéler importante demain. Par l'effet des révisions, l'accidenté aura la certitude d'être garanti dans ses moyens d'existence. Cette sécurité du lendemain suppose que l'on tienne compte aussi des facteurs monétaires. Si les indemnités sont fixées en fonction du salaire ayant précédé l'accident, elles présentent un caractère asynchrone dont l'effet est de réduire leur valeur réelle en période de dévaluation monétaire. La loi du 30 octobre 1946 (art. 46) prévoit une timide tentative de correction de ces défauts en matière d'indemnités journalières : si l'incapacité temporaire se prolonge au-delà de trois mois, l'indemnité journalière sera révisée sur la base du salaire normal de la catégorie à laquelle appartient la victime, dans le cas où surviendrait postérieurement à l'accident une augmentation générale des salaires. Lorsque l'interruption de travail est inférieure à trois mois, la loi n'a rien prévu. Cette règle de péréquation, facteur d'évolution vers un synchronisme effectif, a été appliquée aux rentes par la loi du 2 septembre 1954, qui ajoute un article 50 bis à la loi du 30 octobre 1946 (1) : Celui-ci prévoit la revalorisation automatique et annuelle des rentes anciennes par simple arrêté interministériel. Le coefficient de révision, calculé d'après le rapport du salaire moyen des assurés pour l'année écoulée et l'année considérée, institue une véritable échelle mobile des rentes qui deviennent indépendantes des variations de valeur de la monnaie. Certes, le système présente des imperfections : il se produit inévi-

(28) Art. L. 489, al. 3 du Code de la Sécurité sociale.

(29) Art. L. 455 — C.S.S.

tablement un décalage important entre le moment où les prestations sont révisées et les variations du coût de la vie qui sont intervenues dans la période annale précédente. En outre, les prestations sont indirectement réunies par une relation aux salaires ; on n'ignore pas les difficultés d'une politique d'échelle mobile des salaires. Il a, cependant, l'énorme avantage de tenter l'approche d'une garantie « réelle » des revenus d'inactivité. Il met fin au régime anarchique qui depuis la première loi du 15 juillet 1922, avait, par l'institution des majorations et l'élévation progressive du salaire minimum social de calcul qui ne concordaient ni en date ni en taux, créé des disparités injustifiées entre les victimes ; celles-ci recevaient des rentes différentes pour des accidents survenus à la même époque (2).

Par le jeu d'une fiction qui consiste à reconstituer périodiquement les salaires qu'aurait perçus la victime, si l'accident s'était produit au moment même du paiement des arrérages, le droit positif actuel des accidents du travail établit un lien juridique « réel » entre le salaire social et le salaire direct.

Cependant, on observe que son objet ne se limite pas exclusivement à la garantie du salaire individuel : il ne s'agit là parfois que d'un élément du dommage subi. A côté de la perte du revenu, la législation moderne indemnise la victime d'autre chefs de réparation. De là son caractère spécifique par rapport au droit commun de la Sécurité sociale : l'indemnisation se projette dans l'espace ; elle tend à une réparation englobant toutes les causes de préjudice.

β) *Le caractère extensif de l'indemnisation :*

Cet aspect de l'indemnisation est révélateur de la survivance de l'idée de risque professionnel qui, seule, justifie le traitement de faveur réservé à l'accidenté du travail, dont la situation contraste avec l'invalidé non professionnel. Ce caractère extensif s'apprécie sous deux angles : d'abord, la rente sociale est adaptée aux besoins de la victime ; ensuite, la rente sociale fait partie intégrante du patrimoine de l'accidenté. La réparation a donc un double contenu « alimentaire » et « patrimonial ».

1) *La prise en considération des besoins.* La loi du 30 octobre 1946 pose le principe nouveau que les rentes, dûes à la victime ou à ses ayants droit, ne peuvent être calculées sur un salaire annuel inférieur à un certain minimum (31), lui-même revalorisé automatiquement suivant le même principe que les rentes en vertu de la loi du 2 septembre 1954. C'est la reconnaissance du caractère alimentaire de l'indemnisation qui ne peut descendre à un niveau inférieur au minimum de subsistance : la règle corrige ainsi les inconvénients résultant de l'existence de salaires réels trop faibles ; elle ne joue que lorsque la réduction de capacité est au moins égale à 10 %. La rigueur de la proportionnalité

(30) L. Alvin a développé ce problème dans son ouvrage : *Salaire et Sécurité sociale*, pp. 230 et suiv.

(31) Art. 452 C.S.S.

entre salaire social et salaire direct est ainsi atténuée lorsque son application est défavorable à la victime.

La même idée d'adaptation aux besoins réels est à l'origine de la majoration de rente accordée aux mutilés du travail qui, atteints d'une incapacité totale, ont recours à l'assistance d'une tierce personne pour accomplir les actes ordinaires de la vie. Cet avantage particulier, créé pour la première fois par la loi du 30 avril 1931, sous la forme d'une bonification forfaitaire et aménagé par la loi du 1^{er} juillet 1938, sous forme d'une augmentation de 25 % du taux d'incapacité (32) a été maintenu par la loi du 30 octobre 1946. Cependant les lois des 2 août 1949 et 25 juillet 1952 abandonnent le principe de l'indemnisation forfaitaire qui comportait l'obligation de recourir à une loi spéciale pour rehausser la bonification (33) : celle-ci est désormais égale à 40 % du montant de la rente, sans être inférieure à un chiffre minimum affecté du même coefficient de revalorisation que la rente elle-même. Ainsi, au stade actuel de son évolution, cette disposition présente une structure contradictoire : la fixation de la bonification à un montant minimum permet d'analyser cet avantage particulier comme une compensation, au moins partielle, des frais engendrés par la nécessité de l'aide, frais qui sont estimés à une valeur identique pour tous, dès que la rente elle-même est inférieure à un certain niveau. Pour les accidentés ayant eu des salaires faibles, la bonification, par le jeu du minimum, reprend un caractère forfaitaire. En revanche, la bonification sera proportionnelle à la rente et liée, ainsi, d'une façon indirecte aux salaires antérieurement perçus par la victime, lorsqu'avant l'accident celle-ci disposait de revenus élevés. Une véritable adaptation des ressources aux besoins supposerait, au contraire, une bonification dégressive au fur et à mesure que la rente s'accroît, les frais de la tierce personne pouvant être plus aisément supportés lorsque le montant de la rente est élevé ; un retour au système de la majoration uniforme pour tous et variable en fonction des modifications du coût de la vie joindrait à l'avantage de la simplification, celui d'une plus grande justice sociale, les frais de l'aide mercenaire paraissant, dans la stricte logique, ne pas devoir varier, selon le niveau de vie de l'accidenté. Au fond, dans ces conditions de calcul, cette disposition du droit des accidents du travail traduit, imparfaitement peut-être, l'idée que l'indemnisation a non seulement un caractère « alimentaire », mais vise à réparer certains préjudices distincts de celui constitué par la perte du salaire, préjudices qui représentent une atteinte au patrimoine qui, lui, n'est pas uniforme pour tous les individus.

2) *L'indemnisation et l'atteinte « patrimoniale »*. En réduisant ou en anéantissant parfois la capacité de travail de l'individu, l'accident du travail porte atteinte à un des éléments essentiels de sa personnalité.

(32) Art. 3 Loi du 1^{er} juil. 1938 — « Le montant de la rente égale à 75 % du salaire annuel pour une incapacité permanente et totale est parfois porté à 100 % du salaire si la victime est atteinte d'une infirmité l'obligeant, pour effectuer les actes ordinaires de la vie, d'avoir recours à l'assistance d'une tierce personne... ».

(33) J.C.P. 1949 — III 14.599 ; — 1952 — III 17.238.

Certes, le sentiment prévaut, notamment dans la doctrine étrangère (34), que la force de travail est trop intimement personnelle pour être comprise dans le patrimoine, même s'il est émanation de la personnalité.

On peut objecter, toutefois, qu'elle a une valeur patrimoniale, détachable de l'individu. N'est-elle pas prise en considération sur le terrain des régimes matrimoniaux, à propos de l'application de la théorie des récompenses ? Nous avons eu l'occasion de citer de nombreux exemples et, en particulier, la loi sur le contrat de travail à salaire différé, marquant qu'une évolution est en cours pour valoriser le travail humain. Certaines dispositions du droit des accidents du travail ne peuvent trouver d'explication qu'à partir de la notion de patrimoine. En effet, l'aptitude au travail représente souvent, pour le salarié, son seul patrimoine ; si elle fait totalement défaut, le travailleur a-t-il encore un patrimoine ? Est-il apte à acquérir des droits et notamment le droit à un salaire ? Certainement pas, ce qui met en défaut la théorie classique qui affirme que toute personne a un patrimoine, fut-il le plus vide. Si l'on admet l'idée que l'indemnisation de l'accidenté n'a pas pour but essentiel d'assurer le remplacement de la perte du salaire subi, mais aussi celui de compenser l'atteinte portée à la force de travail, considérée comme élément de son patrimoine, il est possible alors de découvrir le fondement de certaines règles du droit actuel : celles relatives aux rentes accordées aux survivants et au droit de cumul des rentes avec d'autres revenus d'« inactivité ».

1°) En effet, en cas d'accident mortel, le conjoint et les enfants, à défaut les descendants et ascendants, peuvent obtenir, lorsqu'ils étaient à la charge de la victime, des rentes viagères dont le montant total ne peut dépasser 85 % du salaire de base. Cette disposition, que l'on ne retrouve nullement à propos de l'indemnisation des autres risques sociaux, a pour effet d'assurer la reversibilité du salaire sur la tête des survivants. Ceux-ci continuent la personne du défunt, dont le patrimoine est transmis aux héritiers.

Dans ce patrimoine, il y a la créance de dommages-intérêts représentant l'atteinte portée à la force de travail. N'est-ce pas la confirmation que le salaire individuel a une fonction alimentaire et assure, non seulement la subsistance du travailleur, mais également celle des membres de la famille. Les rentes aux ayants droit sont un salaire social qui emprunte encore son fondement à la conception classique du salaire.

2°) Comment expliquer les règles autorisant le cumul des rentes avec d'autres prestations en argent que l'accidenté est appelé à percevoir ? L'assuré a un droit acquis à la rente qu'il peut cumuler intégralement avec son salaire, quelque soit le montant de celui-ci, ou avec une pension de vieillesse ; le cumul avec les pensions d'invalidité servies par le régime général est autorisé à due concurrence du « salaire normal » perçu par un travailleur valide de la même catégorie professionnelle ; le cumul est limité à 80 % de ce même salaire lorsque la pension d'invali-

(34) Paulo A.V. Cunha, *Do Património* — Lisbonne 1934, n° 163.

dité ou de retraite est due en vertu d'un statut particulier et pour la constitution de laquelle la victime a été appelée à subir une retenue sur son traitement ou salaire. Cette condition a été utilisée « a contrario » pour avancer une interprétation générale des règles de cumul.

Le droit au maintien intégral ou partiel de la rente, en tant que revenu de « remplacement », s'expliquerait par le fait que son financement est assuré par une cotisation distincte de celles acquittées pour les autres risques. On peut objecter à ce raisonnement de ne pas tenir compte que les différences qui séparent les diverses cotisations sont de pure forme et relèvent de la technique financière et comptable. Le droit de la Sécurité sociale affirme l'unité profonde des diverses cotisations dont l'objet est la couverture des risques sociaux.

Sous l'angle juridique, le cumul semble trouver une explication plus logique par la notion de patrimoine. La rente est le prix de l'atteinte à l'intégrité corporelle ; l'accidenté, diminué dans sa personne humaine, reçoit une valeur « réelle », partie intégrante de son patrimoine qui est intangible. Des auteurs comme MM. Aubry et Rau en sont venus à voir dans le patrimoine le pouvoir d'acquérir, autant que la fortune acquise (35). Le seul pouvoir d'acquisition du salarié ne réside-t-il pas dans sa force de travail ? Si l'on retient cette idée, l'accident de travail, portant atteinte à la personnalité du travailleur, suppose une réparation qui, bien qu'évaluée en argent, a ce caractère « extra patrimonial » d'être un droit intangible de la personne humaine.

La notion de salaire social est transposée à la fois dans le droit des biens et dans le *droit des personnes*. La législation moderne des accidents du travail tend au maintien « réel » des moyens d'existence auxquels pouvait prétendre le salarié par son propre effort, eu égard à ses aptitudes, ses compétences, s'il n'avait pas été victime d'un risque du fait du travail.

On constate cependant que cette règle de la proportionnalité du salaire social et du salaire direct est également affirmée dans les autres branches de la Sécurité sociale. En revanche, le principal n'y est point appliqué avec la même rigueur : la garantie du salaire y apparaît plus « fictive » que « réelle ».

SECTION II

LE DOMAINE DE LA GARANTIE FICTIVE ET LA REFUTATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

Les institutions de Sécurité sociale interviennent également pour garantir les moyens d'existence en cas de maladie, maternité, invalidité ou vieillesse. Pour le risque chômage, ce rôle est dévolu aux organismes

(35) J. Carbonnier — Droit Civil : Tome I — p. 3.

spéciaux créés dans le cadre de la convention collective signée par les représentants des confédérations patronales et ouvrières.

Les prestations en espèces, servies dans ce cas, répondent à la nécessité de remplacer le revenu professionnel perdu par l'assuré pour une cause indépendante de sa volonté. Le droit positif français participe de l'état d'esprit qui est à l'origine de l'assurance en général et proportionne les avantages accordés à la participation de chacun à l'œuvre commune de solidarité. Il n'adopte pas la conception des prestations uniformes quel que soit le niveau de vie habituel des intéressés. Le système français reste dans ce domaine d'essence « individualiste », dans la mesure où les revenus de « remplacement » s'apprécient par référence au salaire antérieurement perçu par l'assuré.

Cependant, après avoir posé le postulat du lien juridique entre le salaire social et le salaire individuel, les textes modifient toute la portée pratique du principe dans la fixation du taux des prestations ; les pourcentages des revenus de remplacement par rapport au salaire direct sont établis en fonction de deux données aux conséquences capitales : ils sont fixés à un niveau relativement faible ; ils ne sont pas identiques pour tous les risques et varient selon la cause d'inactivité. Il en résulte que les indemnités sont très loin d'être rigoureusement égales au salaire perdu, que leur montant dépend de la nature du risque couvert.

A la conception conférant aux prestations le caractère d'un salaire lié au travail, on substitue la conception envisageant les prestations comme garantie de la subsistance de l'intéressé.

a) *L'affirmation du principe de proportionnalité.*

Les prestations en espèces, en règle générale, sont liées au salaire d'activité de l'assuré. En cas de maladie ou de maternité, le dernier salaire perçu sert de base de référence. Les pensions d'invalidité ou de vieillesse sont calculées sur les dernières années d'assurances ; pour corriger l'effet des dévaluations monétaires, les rémunérations perçues sont affectées de coefficients de revalorisation ; on évite ainsi de prendre en considération un salaire nominal, déprécié en valeur « réelle ». L'étalement dans le passé du salaire de référence confère à la pension la valeur d'un titre lié au travail fourni pendant la vie active. La pension ne prolonge pas le salaire direct : ce qui la différencie de la retraite de l'agent fonctionnaire qui continue à percevoir une fraction de son dernier traitement d'activité.

Les indemnités de l'assurance chômage sont calculées sur le dernier salaire d'activité. Quant au capital décès, il est égal à 90 fois le gain moyen journalier afférent au mois antérieur à la date de l'interruption du travail.

Toutes ces prestations sont donc bien liées au salaire effectif. Certes, les pensions d'invalidité et de vieillesse dérogent à ce principe, du fait que le salaire effectif considéré est étalé sur une période assez longue de la vie du travailleur. Or, le dernier salaire mensuel ou annuel est, dans la plupart des cas, plus élevé que celui résultant de la moyenne arithmétique des salaires perçus au cours des dix dernières années : la rémuné-

ration du travailleur a tendance à s'accroître en fin de carrière. Ce processus est bien connu, surtout lorsque le salarié est attaché longtemps à une entreprise. En outre, la qualification et l'expérience du travailleur sont surtout fonction de son ancienneté dans la profession.

Cependant, la règle de proportionnalité, si l'on fait abstraction de ces différences de détail dans le calcul du salaire servant de base aux prestations en espèces, n'est pas intégrale et comporte déjà une limite applicable à toutes les indemnités versées : le salaire social, quel que soit le risque qu'il garantit, n'est proportionnel au salaire effectif que jusqu'au niveau du plafond fixé pour le calcul des cotisations. Toutes les prestations sont, au maximum, calculées sur un salaire limite qui est identique en assurance maladie, maternité invalidité ou vieillesse. Tous les salariés qui bénéficient donc d'un salaire supérieur au plafond des cotisations perçoivent des revenus de « remplacement » calculés sur un salaire qui est le même pour tous et qui n'est plus le salaire effectivement perçu. Dans ces hypothèses, le système français se rapproche des législations qui octroient des prestations à taux uniforme. La garantie du salaire est donc partielle et « égalitaire » au-delà d'un certain plafond ; si celui-ci était dépassé, on conférerait au salaire social, en tant que salaire d'« inactivité », une fonction qu'il ne peut avoir : couvrir, en plus des dépenses nécessaires à la vie, des dépenses somptuaires, que l'individu a toute liberté de s'offrir par son effort personnel, mais qui sont exclues, si la rémunération est à la charge de la collectivité. La notion de besoins retrouve matière à application ; cette garantie du salaire, déjà limitée pour des raisons de justice distributive, devient illusoire dès lors qu'on examine le taux des prestations.

b) *La réfutation du principe de proportionnalité.*

Le problème se pose de savoir quel est le pourcentage de salaire direct que vont représenter réellement les prestations en espèces. Un principe est défini : le salaire d'« inactivité » ne compense pas intégralement la perte du salaire individuel. La législation sociale a toujours porté une attention particulière à l'idée de fraude : l'inactif, même involontaire, doit être incité à reprendre une activité professionnelle dès qu'il en a la possibilité.

L'état de maladie, d'invalidité ou de chômage relèvent de données médicales ou économiques qui sont parfois difficilement contrôlables, suivant la cause qui est à l'origine de cette situation. Mais cette crainte de la fraude chez l'assuré n'explique pas que la pension de vieillesse, qui représente un droit acquis à partir d'un certain âge, soit soumise aux mêmes règles quant à l'évaluation de son taux ; on fait alors appel à une notion différente, l'état de besoin. Ainsi les taux des prestations, variables d'un risque à l'autre, n'obéissent pas à un principe atomiste, mais relèvent d'une conception empirique dont la conséquence essentielle est de créer une absence d'harmonie entre les diverses indemnités versées. On observe alors que le taux des prestations dépend d'un facteur d'opportunité financière : la plus ou moins longue durée du risque couvert.

Les prestations dites de « courte durée » sont, en général, fixées à

un taux de 50 % du salaire effectif ; c'est le cas des indemnités journalières de maladie, ou de maternité. En vérité, pour une maladie entraînant une interruption inférieure ou égale à un mois, le pourcentage est encore plus faible si l'on considère l'existence d'un délai de carence de trois jours pendant lequel aucune indemnité n'est versée.

Cependant, si l'arrêt de travail se prolonge au-delà du mois, le taux des prestations en espèces est porté à 66 %, lorsque le malade est chargé de famille. Si l'assuré perçoit un salaire effectif égal au minimum de subsistance, le salaire de « remplacement » sera égal à la moitié de ce minimum de subsistance. On soutient couramment que l'interruption de travail de courte durée bouleverse le mode de vie de l'individu, privé brusquement de son revenu normal, ce qui explique le taux plus élevé des prestations. Mais ce taux ne paraît plus élevé que par comparaison au taux des prestations dites de longue durée ; en valeur absolue les prestations maladie ou maternité n'accordent qu'une garantie minima et souvent insuffisante.

La situation de l'inactif, s'il est atteint d'un risque de longue durée, n'est pas plus avantageuse. La pension d'invalidité est égale à 30 % du salaire si l'invalidé peut encore exercer une certaine activité professionnelle ; elle est portée à 50 % de ce même salaire si l'incapacité est totale. Cependant, contrairement à la rente « accident » du travail, le bénéfice n'en est ouvert que lorsque l'incapacité au travail entraîne une perte des deux tiers de la capacité générale de gain. L'indemnité n'est pas fonction du taux d'incapacité. Il suffit de songer aux difficultés que le salarié handicapé aura à se placer sur le marché du travail, alors qu'il conserve une capacité de gain supérieure à la moitié mais inférieure aux deux tiers, et on mesure, dans ce cas, combien est sensible l'insuffisance de la garantie du salaire. Le développement des techniques médicales modernes qui permettent d'apprécier scientifiquement la réalité de l'invalidité quelqu'en soit le degré, même lorsque celle-ci a sa cause dans une affection ou une infirmité en apparence peu décelable, montre que le souci du législateur d'écarter les faux risques par un taux d'invalidité aussi élevé ne se justifie plus.

Les pensions vieillesse ont des taux encore plus faibles : si l'assuré en demande la liquidation à 60 ans, elle est égale à 20 % du salaire. Si l'on tient compte de la règle du plafond limite, le maximum de la pension est à cet âge de 174 F par mois, soit un peu plus de la moitié du salaire minimum interprofessionnel garanti. Avec un salaire mensuel effectif de 500 F la pension n'atteindra que 100 F par mois. Néanmoins, le taux de pension est majoré de 4 % par année au-delà de 60 ans pendant lesquelles l'assuré retarde l'entrée en jouissance de ses droits ; on incite ainsi l'individu à prolonger sa vie active pour accroître le salaire social qu'il percevra lorsqu'il interrompra définitivement son activité ; pour justifier ces taux, on objecte que les besoins du vieillard ne sont pas comparables à ceux de l'adulte. On s'écarte par ce raisonnement de la notion de la pension, expression du droit au repos à partir d'un certain âge.

Le fait que le montant de la pension sera plus élevé si l'on retarde l'ouverture du droit procède de l'idée que l'individu doit compter, tant

que ses forces le lui permettent, sur sa prestation de travail pour assurer sa subsistance. Insensiblement, l'assurance vieillesse évolue vers la notion d'assistance par la modicité des indemnités qu'elle octroie. La preuve en réside dans le développement récent des régimes de retraite complémentaire professionnelle à base conventionnelle, grâce auxquels les salariés du Commerce et de l'Industrie recherchent une sécurité plus complète.

Aux mêmes systèmes de garantie complémentaire du salaire se rattache la convention signée le 31 décembre 1958, entre le Conseil National du Patronat français (CNPF), et les confédérations ouvrières, instituant l'assurance chômage obligatoire : les prestations de chômage, servies par les institutions de compensation créées à cet effet, se cumulent avec les allocations de chômage versées par les collectivités publiques ; l'indemnité journalière de chômage est égale à 35 % du salaire journalier moyen des derniers trimestres d'activité quelle que soit la durée d'indemnisation (36).

Au total, l'indemnisation est au plus égale à la moitié du salaire direct (maladie-maternité) ; elle est le plus souvent inférieure à ce taux (invalidité, vieillesse, chômage). La garantie du salaire conserve un caractère « nominal », bien que les prestations en espèces soient proportionnées au revenu individuel.

Le maintien des moyens d'existence, en cas de survenance d'un risque social, se révèle d'autant plus illusoire que les revenus de « remplacement » ne représentent, dans la plupart des cas, qu'une quotité très faible des ressources que l'individu aurait pû espérer de sa propre prestation de travail.

(36) Art. 8 du règlement annexé à la Convention du 31 décembre 1958 modifié par l'avenant E, agréé par arrêté du 19 novembre 1961. (J.O. 13 déc. 1961.)

CHAPITRE II

EQUIVOQUE ET FICTION DU SALAIRE SOCIAL

La sécurité des revenus résultant du travail demeure une fiction pour l'ensemble des bénéficiaires du régime dit général, qui groupe près de la moitié des personnes susceptibles de jouir d'une protection sociale. Cette tendance est la manifestation de la survivance de la conception classique du salaire. Certes, le salaire cesse d'être exclusivement la rémunération du travail, il tend à devenir la rémunération du travailleur, mais dès lors qu'il s'agit d'apprécier le volume des ressources mises à la disposition du salarié en cas d'interruption de la prestation de travail, les difficultés apparaissent.

D'une façon générale, les besoins du travailleur et de sa famille sont minimisés et l'aide de la collectivité aboutit à l'attribution d'un salaire social qui tient lieu de « secours » ou « d'assistance », beaucoup plus que d'une rémunération véritable, versée au lieu et place du salaire individuel. On peut s'étonner, à partir de ces constatations, que certains aient crû pouvoir soutenir que la politique de Sécurité sociale visait à une redistribution des revenus en fonction des besoins. Cette conception trop hâtive fait figure, dans la réalité, de mythe : la vision « socialiste » du salaire suppose une transformation radicale des structures sociales et économiques qui se dessine à peine.

Dans un régime d'appropriation privée des biens, la primauté est donnée aux mécanismes du contrat. Le niveau de vie du travailleur sera fonction de l'aptitude au travail : le salaire individuel conditionne les moyens d'existence et ceux de la famille. Le salaire social n'est qu'un revenu d'appoint qui ne libère pas l'individu de « l'incertitude du lendemain ».

SECTION I

L'ILLUSION DE LA GARANTIE DANS LE DOMAINE DES « REVENUS DE REMPLACEMENT »

L'existence d'une telle fiction est-elle encore à démontrer ? L'inventaire des variétés de prestations et de leur quantum respectif suffirait amplement à dégager le caractère illusoire de la sécurité des revenus.

Toutefois, on peut s'étonner d'une affirmation aussi péremptoire non précédée d'une analyse critique, dépouillée de toute subjectivité, susceptible de vérifier si, et dans quelle mesure, la corrélation entre le salaire direct et le salaire social fait figure de simple procédé technique sans conséquence directe sur l'appréciation des besoins de l'inactif. Autrement dit, le lien juridique ainsi créé a-t-il pour effet de conférer au salaire social une valeur certaine de rémunération de « substitution », compensant la perte du salaire individuel dans des limites acceptables et humainement souhaitables ?

Le problème, envisagé sous cet angle, révèle un intérêt capital, car il permet de comprendre ce qui sépare parfois la réalité sociale de la théorie juridique. Il est possible d'en apprécier toute l'importance en recherchant les manifestations caractéristiques de cette fiction sous un double plan, l'un juridique et technique, l'autre sociologique.

A. — LES MANIFESTATIONS JURIDIQUES DE LA FICTION.

Il s'agit de déterminer comment sont appelées à jouer les données juridiques qui n'ont de valeur que s'il existe une harmonie entre le fait et le droit, c'est-à-dire, si les procédés techniques fondés sur des prestations proportionnelles aux salaires, réalisent effectivement une redistribution des revenus en faveur des éléments les plus humbles de la population. Le droit actuel des prestations répond souvent mal à cette fin, et parvient, dans certains cas, à un but exactement opposé à celui que l'on se proposait d'atteindre. Ces constatations concernent essentiellement l'indemnisation des risques non professionnels au sein du Régime général de la Sécurité Sociale, exclusion faite des régimes dits spéciaux (fonctionnaires, marins, cheminots, etc...) qui jouissent de « droits privilégiés ».

Mais les remarques formulées dans ce domaine prennent d'autant plus de relief que l'on observe l'existence d'un double phénomène dont l'un n'est que la conséquence de l'autre.

— D'abord le système liant les prestations en espèces et les salaires effectifs, en raison de l'insuffisance du taux des prestations eu égard aux besoins réels, est générateur de véritables « situations pathologiques ».

— Ensuite, en vue d'en corriger les effets, le législateur s'attache sans y parvenir, à la recherche générale de palliatifs destinés à y porter remède.

I. — Les situations pathologiques créées.

Quels sont les mobiles qui ont motivé la fixation des pourcentages actuellement en vigueur ? Il est difficile de les découvrir. On peut noter que les incidences financières d'un risque couvert ont certainement joué un rôle non négligeable : le risque de « longue durée » coûte plus cher que le risque de « courte durée ». On explique ainsi que les pres-

tations d'assurances maladie ou maternité soient plus élevées que les pensions d'invalidité ou de vieillesse. Cet argument est pourtant douteux sous l'angle social, les indemnités versées ayant toutes une finalité identique, remplacer le salaire défaillant. Sur ce plan, les conséquences d'un risque considéré sont de même nature et entraînent un préjudice identique.

Une autre explication consiste à faire appel à l'idée de besoins ; elle apparaît plus rationnelle. Les prestations en espèces ayant essentiellement un caractère « alimentaire », on considère que leur évaluation doit tenir compte des besoins de l'individu inactif. Cette différenciation est-elle possible et l'inactivité a-t-elle pour effet de réduire les besoins de l'homme ?

Dans une certaine mesure, cette optique est concevable pour le vieillard qui adopte, comme on dit communément, un mode de vie au « ralenti ». Plus difficilement acceptable pour un invalide, surtout lorsqu'il s'agit d'un individu encore jeune, elle l'est moins encore pour le malade ; celui-ci, comme l'invalide parfois, doit faire face à des besoins accrus, nés de la maladie : sur le plan des prestations en nature, l'institution d'assurance laisse une part variable des frais médicaux, pharmaceutiques ou d'hospitalisation à la charge de l'assuré. Cette quotité d'environ 20 %, le ticket modérateur, instituée comme un frein à l'égard d'un éventuel abus de « consommation médicale », est prélevée sur les ressources personnelles du malade, c'est-à-dire sur son salaire auquel se substituent les prestations en espèces. On mesure combien l'appréciation exacte des besoins est infirmée par la faiblesse des pourcentages, d'où l'aspect équivoque de la garantie des revenus.

a) *La faiblesse des pourcentages.* Nous savons que le taux des prestations varie de 20 à 50 % du salaire. C'est dire que les besoins de l'inactif sont estimés à une fraction égale, au minimum, au cinquième et au maximum, à la moitié de ceux de l'individu actif. Si l'on envisage le cas du salarié dont la rémunération avoisine le minimum de subsistance (SMIG), on comprend que le salaire social tombe au-dessous de ce qui est nécessaire à l'individu pour vivre. Cette vérité est démontrée par les faits du monde social et du monde juridique.

Sous l'angle des preuves sociales on constate, en effet, que le salarié atteint d'une affection n'accepte souvent qu'à toute extrémité d'interrompre son activité professionnelle, car il n'ignore pas que les indemnités journalières de l'assurance maladie compensent son manque à gagner dans une mesure si minime que son mode de vie en sera totalement bouleversé. Il recule ainsi les chances de guérison rapide en s'abstenant de consulter son médecin ou de suivre les prescriptions de repos.

Le même calcul « marginal » est effectué par le salarié parvenu à l'âge de la retraite. Les statistiques confirment que la plupart des retraités exercent une activité de complément en vue de parfaire les ressources allouées sous forme de pension de retraite.

Certes, on ne peut blâmer les personnes âgées d'exercer une activité partielle et accessoire ; les derniers travaux sur la gérontologie ont mis en lumière les répercussions psychiques et physiques qu'entraîne, chez

le vieillard, une brusque rupture d'activité professionnelle. Mais il s'agit parfois d'une activité à temps complet. On objecte que le recul de l'âge de la mortalité, l'accroissement des chances de survie aux âges élevés, doit s'accompagner d'un prolongement de la vie active au-delà de 60 ans. On propose alors de retarder l'âge minimum de départ à la retraite. C'est oublier trop tôt que les bienfaits du progrès de la civilisation doivent permettre aux hommes de prétendre, d'une façon réelle et non fictive, à bénéficier du droit au repos, en contre-partie de l'activité accomplie au profit de la collectivité.

Cela éviterait à la main-d'œuvre âgée de faire concurrence sur le marché du travail aux jeunes adolescents qui parviennent à l'âge adulte. Le droit au travail des uns a pour corollaire le droit au repos des autres, dans la chaîne continue des générations. Quant aux preuves juridiques, elles se résument en deux constatations :

— d'abord la fraction du salaire de remplacement par rapport au salaire direct est si réduite en cas de maladie que le législateur a estimé qu'elle ne sortait à effet qu'à l'égard du célibataire. Tout le contenu familial de la législation de Sécurité Sociale trouve son fondement véritable dans cette circonstance. L'article L. 290 du Code de la Sécurité Sociale dans son alinéa 2, prévoit que, pour les assurés ayant trois enfants ou plus à charge, l'indemnité journalière d'assurance maladie est portée aux deux tiers du gain journalier de base à partir du 31^e jour qui suit le point de départ de l'incapacité de travail. De même, si le chef de famille est hospitalisé, l'indemnité journalière est réduite dans une proportion décroissante, selon les dimensions de la famille (art. L. 291 Code de la S.S.). La prise en considération des charges familiales confirme indirectement que le salarié supporte, sur le revenu de son travail, une partie des frais d'entretien des personnes à charge. Les allocations servies en cas de maladie varieront donc selon la situation de famille de l'intéressé ;

— ensuite, autre objection : le droit à pension d'invalidité s'ouvre lorsque l'assuré subit une réduction des deux tiers de sa capacité de travail ou de gain. En revanche, la pension est toujours concédée à titre temporaire, l'état de santé de l'assuré étant susceptible d'une évolution favorable. En vertu de l'art. L. 319 du Code de la Sécurité Sociale, la pension est suspendue ou supprimée si la capacité de gain devient supérieure à la moitié. Ainsi une incapacité supérieure aux deux tiers est nécessaire pour justifier l'entrée dans l'assurance invalidité.

Si l'assuré récupère une partie de sa capacité, il continue à bénéficier de sa pension lorsque son incapacité de gain reste inférieure à la moitié. Cette marge de sécurité a pour objet d'éviter des démarches administratives : le législateur tient compte du fait que l'assuré peut être enclin, vu la modicité de sa pension, à exercer une activité d'appoint, malgré les prescriptions médicales. L'exercice de cette activité laisse présumer une amélioration de l'état de santé de l'invalidé, qui n'est parfois que passagère. On hésite alors à supprimer la pension qu'il faudra tôt ou tard rétablir. Ces artifices témoignent du souci du législateur d'améliorer indirectement le régime des pensions d'invalidité qui,

par leur taux, obligent parfois l'assuré à rechercher des ressources complémentaires dans une activité professionnelle, même partielle.

b) *L'équivoque de la garantie du salaire.* Le niveau variable des prestations est en contradiction avec le principe de l'unité des besoins (1) qui rejette l'idée d'une trop grande diversité des taux. Le malade atteint d'une affection de longue durée ne comprend pas pourquoi le montant des indemnités passe de 50 à 30 % de son salaire d'activité, dès lors qu'il est versé dans l'assurance invalidité. Le domaine de l'assurance maternité offre un exemple caractéristique des anomalies de la législation actuelle. L'art. L. 298 du Code de la Sécurité Sociale confère à la future mère un véritable droit à congé-maternité d'une durée de six semaines avant la date prévue de l'accouchement et de 8 semaines après celui-ci.

Cependant, l'indemnité de « compensation » se présente, dans son mode de calcul, sous une forme identique à celle versée en matière d'assurance maladie, à cette seule exception qu'elle ne subit aucune réduction en cas d'hospitalisation. Il en résulte que l'assurée qui voit de ce fait son revenu normal réduit de moitié, ne prend pas toujours l'intégralité du repos qui lui est consenti et pourtant indispensable du point de vue médical. Le législateur institue, pour parer à cet inconvénient, une très lourde sanction à l'égard de la mère et lui refuse toute indemnité si l'interruption de travail n'est pas égale au moins à six semaines ; dans ce cas, comme en matière de congés payés, le salaire social devrait être égal au salaire d'activité (1), ce qui éviterait de pénaliser l'assuré qui refuse le bénéfice d'un droit qui n'est pas en totalité effectivement et matériellement garanti.

Cette absence de garantie suffisante à l'égard des salariés aux rémunérations les plus faibles explique les dispositions législatives s'efforçant d'y porter remède.

II. — La recherche générale de palliatifs de correction.

Ces dispositions se situent sur deux plans distincts : elles visent, d'une part, à établir un certain synchronisme entre les prestations versées et le salaire effectif de l'assuré, instituant ainsi une sorte d'échelle mobile des prestations ; elles s'attachent, d'autre part, à prévoir des taux minima de prestations, en vue de corriger les effets résultant de la faiblesse des pourcentages. Peut-on dire que ces aménagements transforment radicalement les règles de principe qui gouvernent la fixation des indemnités de Sécurité Sociale ? Il est hasardeux de se prononcer sans un examen préalable de la portée exacte de ces mesures.

a) *L'échelle mobile des prestations en espèces.*

Le principe général de l'adaptation des prestations de la Sécurité Sociale aux variations du coût de la vie, aussi curieux juridiquement que

(1) L. Alvin — *Op. cit.*, p. 335.

cela puisse paraître, n'a jamais été posé avant la loi du 23 août 1948 (2). L'article 46 de la loi du 30 octobre 1946, sur la réparation des accidents du travail, l'admettait en matière d'indemnité journalière lorsque l'incapacité temporaire se prolongeait au-delà de trois mois. Ce texte faisait donc figure d'exception. Ne représentant qu'une quotité du dernier salaire d'activité, les autres indemnités étaient des créances de sommes d'argent déterminées, une fois pour toutes, en fonction du salaire ayant précédé la maladie, l'accident ou l'entrée en jouissance de la pension.

Elles restaient donc soumises au risque monétaire dont les conséquences étaient d'autant plus graves que la prise en charge de l'assuré par l'institution d'assistance se prolongeait plus loin dans le temps, notamment en cas de longue maladie, d'invalidité ou de vieillesse. Déjà réduites au départ, les prestations servies perdaient peu à peu pratiquement tout pouvoir d'achat, la garantie du salaire, d'illusoire, devenait « inexistante » pour les salariés les plus déshérités. L'échelle mobile des prestations paraissait d'autant plus s'imposer que, sur le plan financier, on avait, depuis la loi du 14 septembre 1941, substitué le système de la répartition à celui de la capitalisation, lequel ne permettait pas de « prendre la valeur-travail comme mesure d'une prestation d'assurance » (3).

Désormais, le synchronisme, défini par M. Alvin comme le fait pour une quelconque prestation de rester toujours liée à la valeur-travail de la période pour laquelle elle est versée, est réalisable.

Les cotisations calculées sur les salaires réels des actifs vont servir au paiement des prestations dues aux inactifs, lesquelles pourront suivre les mêmes progressions. On constate cependant que le législateur, assez paradoxalement, fait appel à des techniques diversifiées pour assurer la mise en œuvre de cette échelle mobile. Pour des raisons d'opportunité, il manifeste d'abord sa sollicitude à l'égard des personnes atteintes d'un risque de longue durée où les effets des dépréciations monétaires sont les plus sensibles ; il étend plus tard la règle aux prestations de l'assurance maladie-maternité. Cependant, le principe de revalorisation des prestations en fonction du coût de la vie et l'extension progressive de son domaine d'application ne comportent que des effets limités, ce qui ne bouleverse pas la fiction du salaire social.

α) La pluralité des techniques juridiques de revalorisation des prestations.

Pour réaliser l'échelle mobile des prestations, on a recours à divers procédés dont l'existence témoigne des difficultés techniques que soulève la réalisation pratique d'un tel principe de corrélation. Au sein d'une économie planifiée, la solution d'un tel problème ne présente apparemment aucune difficulté, les moyens de production étant socialisés. Les salaires sont fixés de telle sorte qu'ils assurent l'écoulement de l'intégralité de la production d'objets de consommation. Le volume des

(2) J.C.P. 1948 III, 13537, 13581 et 13831.

(3) L. Alvin, *op. cit.*, p. 15.

salaires doit équilibrer le volume de la production consommable. De ce fait, le salaire se détache de la notion du minimum de subsistance. Le niveau moyen des salaires se déduit du rapport entre la valeur de la production et le nombre de travailleurs. On tient compte dans ce calcul économique de l'importance du salaire social, c'est-à-dire de la masse des objets de consommation disponibles, distribués d'une façon relative-ment indépendante d'un travail particulier. Le niveau des prestations s'adapte automatiquement, une fois fixée la part du salaire social par rapport aux salaires individuels, aux variations des salaires, eux-mêmes tributaires de la production. Prestations et salaires ne sont que des éléments spécialement affectés et redistribués du revenu national.

En économie capitaliste, salaires et prestations sont dissociés. Les premiers varient en fonction des lois économiques qui commandent le mécanisme des prix et la recherche de la rentabilité maximum des entreprises. Telle est la situation en l'état actuel du droit positif français, depuis la loi du 11 février 1950 : la réglementation du salaire par la puissance publique se limite à la fixation du salaire minimum inter-professionnel garanti, en fonction des variations du coût de la vie. Le niveau général des salaires est le résultat des discussions collectives entre employeurs et salariés ; ceux-ci disposent de l'action syndicale pour éviter toute perte de leur pouvoir d'achat en période de hausse des prix.

Pour les prestations, deux moyens permettent leur revalorisation : soit rattacher directement les prestations à l'évolution des salaires directs, en faisant ainsi bénéficier les éléments inactifs de la population, par l'effet d'une solidarité collective interne, des avantages obtenus par les salariés actifs dans la discussion des conventions collectives ; soit rehausser le montant des prestations par voie réglementaire, comme en matière de SMIG, et laisser, dès lors, la puissance publique juge de l'opportunité d'une évolution des prestations, en fonction de son appréciation propre de l'augmentation du coût de la vie.

Le législateur français utilise tantôt l'une, tantôt l'autre de ces techniques ; il introduit ainsi, peut-être malgré lui, de nouvelles causes d'inégalité entre les bénéficiaires de prestations, selon que celles-ci sont soumises à des revalorisations régulières ou irrégulières.

1) *Les revalorisations périodiques* affectent les pensions d'invalidité et de vieillesse, depuis que la loi du 23 août 1948 a modifié les articles 56 & 71 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 (1), dans des termes identiques. Par arrêté ministériel, les pensions ou rentes déjà liquidées sont majorées, chaque année, avec effet du 1^{er} avril, par des coefficients de revalorisation représentant le « rapport du salaire moyen des assurés pour l'année écoulée et l'année considérée, tel qu'il résulte de la masse des cotisations encaissées et de l'effectif des assurés ». Soulignons que la même loi a réalisé la péréquation des rentes ou pensions de vieillesse attribuées, avant le 1^{er} janvier 1949, sous le régime des textes antérieurs à l'ordonnance du 19 octobre 1945, afin de combler les effets des hausses du coût de la vie depuis la date de leur liquidation.

Le principe est ainsi posé d'une révision automatique, régulière

et générale des prestations de longue durée, parce que les aménagements y sont jugés d'une impérieuse nécessité. Certes, la décision fixant la majoration relève toujours de la compétence de l'autorité publique ; mais celle-ci, en principe, se borne à constater et à appliquer aux prestations les variations subies par les salaires individuels en prenant comme élément de référence la masse des cotisations encaissées. Une relation annuelle constante est établie ainsi entre les prestations et les salaires, par l'intermédiaire du volume des cotisations dont les fluctuations épousent celles des rémunérations. Ce système de péréquation collective place tous les assurés sur un pied d'égalité. En revanche, cette loi d'égalité devant les répercussions économiques et monétaires ne semble plus être respectée en matière d'assurance maladie ou maternité.

2) *Les revalorisations apériodiques procèdent d'une autre technique.*

Le principe de révision des indemnités journalières d'assurance maladie ou maternité n'est appliqué dans ce domaine que beaucoup plus tard. Le décret du 20 mai 1955 ajoute à l'art. 27 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, relatif au calcul des dites prestations un 4^e alinéa qui n'est que la transposition des règles posées, en matière d'accidents du travail, par l'alinéa 3 de l'art. 46 de la loi du 30 octobre 1946. Certes, on note une différence de rédaction qui s'effacera avec le décret du 13 août 1955 (4), lequel modifie l'article 46 précité en reprenant les termes mêmes du décret du 20 mai 1955. Désormais, sur ce point, les articles L. 290 et L. 449 du Code de la Sécurité Sociale ont une rédaction identique, à une seule exception près, mais une exception capitale qui divise la jurisprudence quant à son interprétation.

Le texte pose, en principe, que toute augmentation générale des salaires entraîne de plein droit révision des indemnités, lorsque l'interruption de travail se prolonge au-delà du 3^e mois. La constatation de cette hausse peut se faire par deux modes : soit par arrêté ministériel selon le procédé des pensions vieillesse ou invalidité avec cette différence que l'opportunité de la décision reste soumise à l'entière discrétion de l'administration ; soit par convention collective, l'assuré optant pour la modalité qui lui est la plus favorable, exclusive de toute possibilité de cumul.

On observe aussitôt que la révision présente ce caractère d'être incertaine, ni automatique, ni régulière. Le sort de l'assuré dépend de la condition sociale de la catégorie professionnelle à laquelle il appartient ; les prestations se modèlent sur les salaires fixés par voie conventionnelle et restent donc soumises au même régime de liberté, avec ses avantages et ses inconvénients. Si le malade relève d'une branche professionnelle où la puissance de l'organisation syndicale sauvegarde le pouvoir d'achat des salariés, il en sera bénéficiaire à travers les indemnités ; il sera perdant dans le cas contraire.

A l'idée de solidarité collective de tous les salariés se substitue une

(4) J.O. 21.8 et rectific. 18 sept. 1955 — J.C.P. 1955 III 20532 - 20422.

solidarité à base professionnelle : les inégalités nées du droit du travail se répercutent sur le droit social. C'est un des aspects, parmi d'autres, de l'influence qu'exerce le Droit du Travail sur celui de la Sécurité Sociale, lequel n'est pas encore un droit d'égalité parce qu'il défavorise paradoxalement celui qu'il devrait protéger plus que tout autre, le salarié le moins armé, soit parce qu'il fait partie d'une profession faiblement organisée sur le plan de la défense de ses « intérêts légitimes », soit parce qu'il est au bas de l'échelle hiérarchique.

Dans le premier cas, en l'absence de clause d'échelle mobile des salaires incluse dans les conventions collectives, les prestations ne seront rehaussées que par voie d'autorité, dans des conditions moins avantageuses. Pour s'en convaincre, il suffit de constater le résultat choquant dû aux rares interventions de la puissance publique dans ce domaine. Depuis 1956, cinq arrêtés de revalorisation ont été pris, dont deux seulement au titre de la période antérieure au 1^{er} janvier 1961, alors que le SMIG a fait l'objet de 8 remaniements (5).

Il semble que l'Administration se soit néanmoins résolue, depuis le 1^{er} février 1961, à une revalorisation annuelle, qui entraîne toutefois un décalage entre la date où l'indemnité est majorée et la hausse réelle du coût de la vie ou celle des salaires dans le cadre conventionnel.

Quid des augmentations du salaire minimum interprofessionnel garanti ? Ont-elles pour conséquence une revalorisation immédiate des indemnités journalières ? Le bon sens et l'équité exigeraient de ne pas défavoriser les salariés dont la rémunération n'excède pas le minimum de subsistance. Le relèvement du SMIG ne peut-il s'analyser à leur égard comme « une augmentation générale des salaires » qui s'impose de plein droit à l'employeur en dehors de toute disposition conventionnelle ? Ce problème d'interprétation oppose profondément nos juridictions civiles et administratives. S'attachant à la lettre plus qu'à l'esprit des textes des articles L 290 et L 449, le Tribunal administratif de Nancy le 27 janvier 1960 et le Conseil d'Etat le 28 avril 1961 (6), suivant en ce sens les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Chardeau, épousent la thèse de l'Administration : la revalorisation du SMIG n'ouvre pas droit à majoration de l'indemnité journalière à l'égard des assurés rémunérés uniquement sur cette base parce qu'elle ne vaut pas augmentation générale des salaires. M. Chardeau souligne pourtant : « le SMIG suit souvent l'augmentation des salaires », mais il conclut : « il ne constitue pas un salaire « d'ordre public » qui s'imposerait pour le calcul des prestations de Sécurité Sociale qui sont calculées sur les salaires réellement versés et non sur les salaires légaux ». Ces arguments sont loin d'être convaincants.

(5) Arrêtés de revalorisation des indemnités journalières :

26 juil. 1956	effet du 1 ^{er} avril 1956,	J.C.P. 56 III	21.355 ;
9 sept. 1959	» » 1 ^{er} juil. 1959,	» 59 III	24.951 ;
10 janv. 1961	» » 1 ^{er} nov. 1961,	» 61 III	26.497 ;
7 mars 1962	» » 1 ^{er} janv. 1962,	» 62 III	27.800 ;
15 fév. 1963	» » 1 ^{er} janv. 1963,	» 63 III	28.905 ;

(6) Trib. Adm. de Nancy — 21 janv. 1960, C.P. Nancy contre Minist. du travail. J.C.P. 1960 II 11549 ; Conseil d'Etat 28 avr. 1961, J.C.P. 1961 II 12213 ; Dt Soc. 1961-633.

Le salaire minimum n'est-il pas opposable « erga omnes » ? L'employeur est tenu de le respecter à l'égard des salariés et vis-à-vis de la Sécurité sociale, les cotisations ne pouvant, sauf exception, être assises sur une rémunération inférieure. Il s'agit bien là d'une disposition impérative ayant pour objectif la protection d'un intérêt social, sinon public, « incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu » (7) : le salarié doit percevoir une rémunération suffisante pour qu'il ne tombe pas à la charge de la collectivité. Ne pas répercuter les variations du SMIG sur les prestations des assurés qui ne perçoivent que cette rémunération, c'est introduire une protection sociale à rebours, contraire à toute idée de justice.

Aussi, la Chambre Civile, 2^e section, de la Cour de Cassation, statuant sur le même problème, prend le 23 juin 1961 une décision diamétralement opposée à celle de la juridiction administrative, tout en élargissant le débat (8). Son attitude doit être approuvée ; une majoration de salaire prévue par convention collective réalise une hausse dont la généralité n'affecte que les seuls travailleurs relevant de son champ d'application. On admet même qu'un simple accord collectif d'établissement comporte les mêmes effets qu'une convention collective ; son domaine est souvent plus restreint. *A fortiori*, une revalorisation du SMIG qui touche « quelques 500.000 personnes sur huit millions de travailleurs » présente un plus large caractère de généralité.

Rejetant « toute interprétation judaïque », le professeur Voirin fait observer que l'analyse globale de l'article L 290 permet de dire qu'« envisageant la généralité, celui-ci n'a pas forcément entendu la totalité », les dispositions d'une convention collective ne concernant pas l'ensemble des salariés (9).

L'esprit qui anime les magistrats de la Cour de Cassation dénote qu'ils ont pris conscience que la thèse du Conseil d'Etat est injuste à l'égard des salariés les plus défavorisés. Dans leur souci de rétablir l'équilibre entre les divers bénéficiaires de prestations, ils n'hésitent pas à mettre en cause le principe même du point de départ de la révision des indemnités. « La revision du SMIG entraîne de plein droit, disent-ils, la revalorisation de l'indemnité journalière, laquelle prend effet à la même date dès lors que se trouve résolu le délai de trois mois ».

En effet, la Cour de Cassation estime que l'expiration de ce délai ne marque nullement le point de départ du droit à révision, mais représente une condition d'ouverture de ce droit qui rétroagit du fait que la condition est accomplie (art. 1179 du Code Civil) (10). L'article 290 ne reproduit pas, *in fine*, la dernière phrase de l'article 449 relatif aux indemnités d'accident du travail qui fixe « au premier jour du 4^e mois d'incapacité » la date d'effet de la révision. Inadvertance ou oubli volon-

(7) J. Carbone — Manuel de Droit Civil, Tome I — p. 88.

(8) Civ. 23 juin 1961 — Dir. Gén. S.S. Lille. c/Dame Villard et C.P.S.S. d'Armen-tières, J.C.P. 1961 II 12368 — Note P. Voirin.

(9) Note P. Voirin, s/Cour de Cass. et s/Tb. Adm. de Nancy (précitée).

(10) Note P. Voirin.

taire du rédacteur, cette discordance des textes permet à la Cour de Cassation de montrer ses préférences pour une interprétation extensive favorable aux assurés, contre laquelle l'Administration manifeste toujours son hostilité (Lettre Ministre du Travail du 16 avril 1962).

Son optique s'imposera-t-elle définitivement aux tribunaux du fond et amènera-t-elle un revirement de la jurisprudence administrative ? Cela paraît souhaitable, mais, au-delà, l'intérêt de la récente décision de la Cour de Cassation est d'avoir soulevé le problème des techniques de revalorisation qui, conçues peut-être hâtivement et sans unité, sont génératrices de causes de préférence entre les assurés.

Une solution d'ensemble, dépouillée de toute ambiguïté paraît d'autant plus nécessaire que, statuant pour la deuxième fois sur l'application de l'article L 290 du Code de la Sécurité sociale, la même section de la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 22 janvier 1964 semble adopter une position en retrait moins libérale que celle affirmée en 1961. Il est vrai que le problème posé ne visait pas spécialement les augmentations du salaire minimum interprofessionnel garanti ce qui ne met pas en cause les attendus développés à ce propos. Elle considère d'abord que l'article L. 290 « ne prévoit la possibilité d'effectuer la révision du taux de l'indemnité journalière, sur la base d'un gain journalier de base calculé d'après le salaire normal prévu par la catégorie professionnelle de l'assuré, dans la convention collective de travail applicable à sa profession, que comme *un des modes de réalisation de la révision* » (11).

Elle estime dès lors que « l'accession des salariés à des taux supérieurs de salaire prévus par une convention collective ne constitue pas l'augmentation générale des salaires prévus par la loi ». Pour appuyer sa prétention contre la Sécurité sociale, l'assuré invoquait la convention collective alors que l'augmentation des salaires résultait d'arrêtés particuliers augmentant les tarifs des salaires des chauffeurs de taxi. Il est permis de croire, comme le souligne l'annotateur, que la Chambre Civile n'aurait pas rejeté la requête de l'assuré si elle avait été fondée sur ce moyen.

On conçoit néanmoins combien les textes dans leur rigidité peuvent être l'objet d'interprétations divergentes et freiner le processus d'humanisation de la Sécurité sociale.

B) Les effets juridiques des revalorisations. L'extension du principe de revalorisation n'est pas intégrale. La règle ne s'applique pas aux indemnités de l'assurance chômage, ni aux allocations d'intempéries des ouvriers du bâtiment, ni aux salaires garantis des dockers : cette exception s'explique par le fait que ces revenus de « remplacement » sont servis, en règle générale, pendant une période réduite, au plus égale à un an. Toutefois, la limite maximale de la durée d'indemnisation des chômeurs âgés de plus de 50 ans ou de plus de 60 ans étant portée respectivement à 600 et 720 jours, par des dispositions

(11) Ch. Civ. 22 janv. 1964 — C.P.S.S.R.P. C/Trespénch. D.1964.179.

récentes (12), la question de l'adaptation de ces prestations aux variations du coût de la vie se posera à plus ou moins brève échéance.

A quel procédé fera-t-on appel pour en assurer la mise en œuvre ? Ce qui revient à anticiper sur l'évolution du système de revalorisation. Quelle option est préférable : unité ou pluralisme ?

L'actuelle variété des techniques est source de disparités : revalorisations périodiques ou apériodiques ont leurs inconvénients respectifs qui ont été mis en lumière. Il apparaît néanmoins souhaitable d'adopter un système unitaire afin de rendre constant le lien juridique établi entre le salaire social et le salaire direct : l'échelle mobile des prestations devrait être une, pour tous les bénéficiaires de l'institution et, dans ses modalités pratiques, permettre une révision automatique, régulière et fréquente du revenu de « remplacement ».

Les règles en vigueur sont loin d'atteindre dans leur diversité à ce résultat ; chaque prestation dispose de son propre mécanisme de péréquation : cette relativité, par sa complexité, accentue les causes d'inégalité nées déjà de la multiplicité des taux de prestations. D'ailleurs, l'existence d'une péréquation est par elle-même insuffisante pour rendre effective la garantie du salaire et le législateur est contraint d'avoir recours à l'institution des minima.

b) *L'institution des minima.*

Celle-ci atteste de la faiblesse des prestations pour certaines catégories d'assurés. Si l'on applique dans toute sa rigueur le principe de proportionnalité du salaire et des prestations, celles-ci lorsque les rémunérations sont elles-mêmes peu élevées, tombent au-dessous du minimum de subsistance. Pour éviter que l'indemnité versée devienne pratiquement inexistante, toute une série de dispositions législatives et réglementaires fixe le montant minimum des indemnités journalières de maladie ou d'accident et celui des pensions de vieillesse et d'invalidité. On introduit ainsi une vague notion de minimum vital dont les traits essentiels contrastent singulièrement avec les autres règles juridiques qui gouvernent les prestations de Sécurité sociale.

D'abord, ce minimum vital est établi à un niveau identique pour tous les assurés quel que soit le risque couvert. La fixation de ce quantum relève du pouvoir discrétionnaire de la puissance publique qui accorde la primauté aux nécessités financières sur l'appréciation réelle des besoins sociaux. L'unité fait place alors à la diversité. Cependant, pour une grande partie des bénéficiaires, on tend insensiblement vers une conception égalitaire des prestations dans laquelle toute référence au salaire individuel, bien que toujours affirmée par les textes, disparaît dans la réalité des faits.

Ce nouveau phénomène témoigne d'autant plus de la fiction du lien juridique entre le salaire social et le salaire direct, que ce minimum vital est loin encore d'assurer ce qui est nécessaire pour vivre : la garantie du salaire est-elle encore illusoire ?

(12) Avenant du 16 déc. 1961 au règlement annexé à la convention du 31 déc. 1958 (avis J.O. 1962) rendu obligatoire par arrêté du 20 juin 1962 — J.C.P. 1962. Ed. G III 28151.

α) *L'unité dans l'appréciation minima des besoins.*

La même loi du 23 août 1948, ayant posé le principe de revalorisation des prestations, amorce une profonde réforme de l'assurance vieillesse et invalidité, en instituant certaines règles d'unification dont l'objet est d'accorder des avantages substantiels aux assurés qui ont acquis des droits sous l'empire de législations successives maintenues en vigueur à titre provisoire. On est, à cette époque, en présence d'une multitude de régimes d'assurance vieillesse (R.O.P. de la loi du 5 avril 1910, régime du Décret-Loi du 28 octobre 1934, Ord. 19 octobre 1945) qui continuent à subsister sans coordination et qui, pour la plupart, allouent des pensions ou rentes dérisoires calculées toujours selon le système de la capitalisation : les retraites ouvrières et paysannes donnent des sommes variant entre 3 F 25 et 10 F 75 expédiées avec un mandat qui en coûte 40. Les avantages sont d'autant plus conséquents que la législation est plus récente, mais n'atteignent pas le montant des allocations servies en vertu de l'Ordonnance du 2 février 1945 (13) aux anciens salariés âgés, sans ressources, et n'ayant jamais cotisé.

Pour mettre fin à ces disparités, la loi du 23 août 1948 institue un minima garanti de pension vieillesse et d'invalidité qui n'est autre que le montant de l'allocation servie aux vieux travailleurs salariés. La règle est appliquée aux prestations de l'assurance maladie par l'arrêté du 22 décembre 1955 (14) lorsque l'interruption de travail se prolonge au-delà du 6^e mois. Désormais, à l'exception des indemnités journalières des accidents du travail, d'assurance maternité et d'assurance chômage obligatoire, les prestations de « remplacement » de la sécurité sociale ne peuvent être inférieures à ce « minimum vital » identique pour tous, auquel se réfèrent les articles L 315, L 345 et L 350 du Code de la Sécurité sociale.

C'est à ce minimum, réduit de moitié, qu'on se réfère pour fixer le « plancher » des pensions de reversion versées au veuf ou à la veuve d'un assuré décédé, (art. L 351), des majorations de pensions pour conjoint à charge, âgé de plus de 65 ans ou de 60 ans en cas d'incapacité au travail (art. 340), des allocations vieillesse des non salariés (art. L 652).

On observe donc que si l'appréciation minimale des besoins est faite à partir d'un élément commun, l'allocation des vieux travailleurs salariés, en pratique, on aboutit à deux minima de subsistance, applicables chacun à des catégories distinctes de bénéficiaires. L'unification n'est pas totale. Il persiste une certaine inégalité qui est cependant atténuée par un texte récent : le décret du 14 avril 1962, fixant le taux des divers avantages de vieillesse et d'invalidité (15) réduit l'écart qui sépare les deux minima existants en les portant respectivement à 800 et 600 NF. Tous ceux qui étaient titulaires d'un avantage égal à la moitié de l'allo-

(13) Cette ordonnance avait réorganisé le régime de l'allocation aux vieux travailleurs salariés instituée par la loi du 14 mars 1941.

(14) J.C.P. 1956 — III 20783.

(15) J.O. 15 nov. 1962 ; J.C.P. 1962 III 27896.

cation aux vieux travailleurs salariés perçoivent donc, depuis le 1^{er} avril 1962, les 3/4 du minimum garanti de pension. Cette mesure est le signe d'une évolution certaine vers une unification complète des minima ; le même texte supprime d'ailleurs une autre cause de préférence : l'ancienne distinction établie entre les bénéficiaires de l'allocation aux vieux travailleurs salariés, selon qu'ils résident ou non dans une ville de plus de 5.000 habitants disparaît ; l'allocation est désormais à un taux unique.

Remarquons toutefois que le législateur n'a pas voulu placer sur un pied d'égalité les personnes qui ont contribué à la constitution de leur pension et celles qui, n'ayant pratiquement jamais cotisé, reçoivent donc un avantage gratuit de la collectivité. La loi de 1948 (art. L 345 et L 359) conserve aux rentiers et pensionnés vieillesse, dont le titre a été révisé pour être porté au taux du minimum garanti de pension, le bénéfice, soit de la rente des assurances sociales acquise au 31 décembre 1940, fixée forfaitairement à 10 % du montant des cotisations des assurances vieillesse acquittées, soit la rente des retraites ouvrières et paysannes égale au minimum de 10 NF, soit le cumul des deux avantages. Les retraites sont donc, dans ces hypothèses, supérieures au montant minimum ; elles le sont aussi, si l'assuré a droit aux avantages complémentaires (majoration pour conjoint, bonification pour enfants) lesquels s'ajoutent à la pension minima.

Il s'agit là cependant de différenciations de détail dont la faible portée n'altère pas cette idée que, compte tenu de la faiblesse du taux des prestations par rapport au salaire direct, le salaire social tend vers la notion d'assistance et de secours.

β) La disparition progressive de toute référence au salaire direct.

Les dispositions relatives au minimum ont pour conséquence d'établir un fond commun de règles juridiques valables quels que soient les risques couverts. On constate, en revanche, que l'appréciation des besoins demeure plus « théorique » que « réelle » : il en est ainsi d'abord parce que la fixation du salaire social minimum garanti reste du domaine de la loi ; ensuite l'examen de son évolution démontre qu'il ne suit pas les variations du coût de la vie.

Pourquoi le législateur a-t-il pris pour référence le montant de l'allocation des vieux travailleurs salariés ? Il semble que cette solution s'explique pour diverses raisons : son quantum, originairement fixé par l'art. 3 § 1^{er}, de l'Ord. du 2 février 1945, ne pouvait être modifié que par la loi. Le problème de l'assurance vieillesse est au centre des préoccupations de l'époque. L'accroissement constant de la proportion des personnes âgées dans la population française ne peut manquer d'influer sur la solution de l'ensemble des questions de protection sociale. A la différence de la législation anglaise, qui est construite autour de l'assurance chômage, pierre angulaire du système, la législation française est bâtie en fonction de l'assurance vieillesse. Alors que la France comptait 6.936.000 personnes âgées de plus de 60 ans, dont 4.900.000 de plus de 65 ans en 1954, les conclusions de la Commission

d'étude des problèmes de la vieillesse estiment aujourd'hui ces chiffres à 7.500.000 et 5.300.000 (16). C'est dire que le taux minimum des prestations tient compte du rapport de la population âgée à la population active et de son évolution ; d'ailleurs, les fonds nécessaires à l'attribution des minima de pension sont simplement prélevés sur les ressources de l'assurance vieillesse auxquelles souvent la plus grande partie des bénéficiaires n'a participé que dans une faible proportion.

Par prudence, mais aussi pour n'avoir pas voulu considérer que la mise en œuvre d'une politique de la Vieillesse nécessite des mesures à l'échelle de la Nation, la puissance publique utilise les institutions existantes et les fonds dont elles disposent pour résoudre les difficultés qui relèvent de sa seule compétence : ainsi s'expliquent les demi-mesures qui sont prises en matière d'assurance vieillesse.

L'évolution du salaire social minimum garanti ne suit pas la hausse du coût de la vie. Le montant de l'allocation aux vieux travailleurs salariés (villes de plus de 5.000 habitants) est passé de 340 F au 1^{er} octobre 1948 à 450 F au 1^{er} janvier 1950, à 520 F au 1^{er} janvier 1951, à 598 au 1^{er} octobre 1951. Au-delà, on ne trouve que deux interventions législatives, les lois des 20 mars 1954 et 27 mars 1956, ainsi qu'une disposition d'ordre réglementaire, le décret du 14 avril 1962, qui revalorisent le montant minimum des prestations. Ce dernier texte a d'ailleurs été pris en application d'un décret du même jour, qui transfère compétence législative au pouvoir réglementaire pour la fixation des minima. La progression de ces minima est la suivante :

658.000 au 1^{er} janvier 1954
723.000 au 1^{er} janvier 1956
800.000 au 1^{er} avril 1962

Ainsi du 1^{er} octobre 1951 au 1^{er} avril 1962, le taux minimum des prestations est passé de 598 à 800, soit 25,25 % d'accroissement ; au cours de la même période le taux du salaire minimum interprofessionnel garanti a évolué de 100 à 168, et l'indice des salaires, selon les statistiques du Ministère du Travail, passe de 100,8 au 1^{er} janvier 1953 à 178,19 au 1^{er} octobre 1960 (17). L'éloquence de ces comparaisons se passe de commentaire, les chiffres, eu égard à leur source, ne souffrant aucune contestation. Salaire social minimum et SMIG ne suivent pas la même courbe ascendante. Soulignons en passant que l'évolution du SMIG au cours de la période rappelée s'est faite en huit paliers. Ceci met en relief les conclusions du rapport sur la politique de la vieillesse, élaboré par le Haut Comité de la Population :

« La population âgée a été, dans une large mesure, sacrifiée par la politique sociale française des quinze dernières années...

(16) Notes et études documentaires in *Documentation Française* n° 2871 — 23 mars 1962.

(17) Assemblée Générale du 17 janv. 1961 du C.N.P.F.

Il est un moment où la misère et les souffrances ne sont plus supportables, ne sont plus dignes d'un pays civilisé. »

Au 1^{er} janvier 1960, sur 2.299.049 bénéficiaires d'avantages de vieillesse servis par le régime général, 767.000 perçoivent des allocations, c'est-à-dire le minimum garanti, auquel il faut ajouter les pensionnés ou rentiers dont le titre a été révisé et qui dépassent tout juste ce taux minima (18), soit un titulaire sur deux d'avantages vieillesse dont les revenus sociaux ne dépassent pas le cinquième du minimum de subsistance de l'actif (SMIG) (19).

Ces données statistiques sont confirmées indirectement si l'on retient que 1.124.323 personnes relevant du régime général bénéficient au 31 décembre 1961 de l'allocation supplémentaire du fond national de solidarité, soit la moitié de ces ressortissants (20). Devant cette insuffisance des revenus sociaux, la commission sur la vieillesse propose de garantir à toute personne âgée un minimum de ressources au-dessous duquel aucune existence décente n'est possible et qu'elle fixe, en l'état du niveau général des salaires et des prix en décembre 1961, à 1.800 NF, par an.

Une marge importante reste encore à franchir. Le niveau actuel du salaire social minimum garanti, le fait qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit une adaptation automatique aux variations du coût de la vie, ôtent à cette notion tout intérêt pratique d'application en raison de son impuissance à corriger les inégalités sociales.

B. — LES MANIFESTATIONS SOCIALES DE LA FICTION.

La relativité de la notion de salaire social acquiert un relief accentué dès lors qu'on observe que la garantie des revenus de « remplacement » prend un contenu variable suivant la condition sociale des protégés et les professions auxquelles ils appartiennent ou suivant le mode de rémunération. Cette fragmentation répond-elle à ces nécessités évidentes ? Ces dissemblances se justifient-elles ? Elles sont en tous cas la traduction des particularismes sociaux qui exercent leur emprise sur le Droit du Travail et desquels le Droit de la Sécurité sociale n'a pas encore réussi pleinement à se dégager.

L'existence de ces compartiments atteste que le régime juridique du salaire social reste soumis à l'influence de la conception classique du salaire : la valeur des services rendus détermine à la fois le montant de la rémunération directe et celui du salaire social.

(18) Une statistique publiée au 31 déc. 1961 en évalue le nombre à 807.427. Revue de la Séc. Soc. Janv. 1963 — N° 141, pp. 29 et 30.

(19) Notes statistiques — Direction Générale de la Séc. Soc. janv. 1961.

(20) Revue Séc. Soc. janvier 1963 — n° 141, p. 131.

I. — *Les divergences fondées sur la profession ou la condition sociale des bénéficiaires.*

Dresser un tableau analytique et exhaustif de ces différenciations est une tâche extrêmement complexe ; si l'on se borne à une analyse de synthèse, plus intéressante par les enseignements qu'elle comporte, on découvre deux lignes de force autour desquelles s'orientent les disparités existantes : celles-ci se situent parfois au sein même des professions relevant du secteur privé, mais le contraste le plus frappant est donné par le régime privilégié dont jouit le secteur public par rapport au secteur privé.

a) *Les disparités entre le secteur public et le secteur privé.* En marge du régime général de la Sécurité sociale, groupant tous les salariés du commerce et de l'industrie et auquel on peut rattacher le régime agricole dont les ressortissants sont soumis à un statut très voisin en matière de prestations, subsiste un nombre important de régimes spéciaux qui dérogent aux règles du droit commun fixant la valeur des revenus de remplacement.

Les plus importants concernent essentiellement l'Etat, les collectivités locales et les entreprises publiques ou nationalisées qui confèrent à leurs agents des avantages nettement supérieurs à ceux du régime général en cas de maladie, maternité, invalidité ou vieillesse (21). Cette sollicitude de la puissance publique à l'égard du secteur public est génératrice de causes de préférence qui sont une des manifestations juridiques de l'autonomie du droit public, dont les dispositions se révèlent, dans ce domaine, plus favorables que celles du droit de la Sécurité sociale. On assiste alors à un curieux phénomène d'interpénétration, d'osmose, entre les statuts juridiques des personnes selon qu'elles appartiennent au secteur public ou au secteur privé.

Les fonctionnaires et les agents des services publics réclament en leur faveur l'application de certaines règles du droit du travail, jugées jadis incompatibles avec leurs fonctions, celles notamment relatives au droit d'association et au droit de grève ; ils revendiquent ainsi indirectement la condition de salarié, qui leur est d'ailleurs accordée sur ce point, et qu'ils s'efforcent de préserver parce qu'elle leur apparaît comme un moyen d'échapper à la sujétion qu'exerce à leur égard la puissance publique. En revanche, les travailleurs des entreprises privées demandent à bénéficier sur le plan du salaire social, des avantages consentis aux agents du secteur public, parce qu'ils rejettent des différenciations qui leur paraissent injustifiées malgré les raisons qu'on invoque pour les maintenir. Au fond, à travers la notion de salaire social se pose le problème d'une nouvelle analyse de la notion juridique d'entreprise.

α) *Les raisons expliquant les droits privilégiés du secteur public.* Des motifs d'ordre historique, économique et social, sont à l'origine des avantages particuliers reconnus aux agents des services publics. Les régimes

(21) Voir *supra* 1^{re} partie, pages 271 et suivantes.

spéciaux ont souvent une origine très ancienne, tel le régime des marins qui remonte à une Ordonnance de Colbert et celui des fonctionnaires qui date de la Révolution, ou même celui des mineurs créé en 1894. S'appliquant à des professions déterminées, particulièrement organisées et aux conditions de travail dangereuses, la création de ces régimes s'explique par le souci d'attacher le travailleur à l'entreprise en lui concédant le droit au maintien de tout ou partie du salaire, en cas de survenance d'un risque social. Ces clauses sont en outre de nature à faciliter le recrutement de la main-d'œuvre, particulièrement difficile dans ces métiers pénibles.

Ces préoccupations ne sont pas étrangères au maintien provisoire en 1945 des régimes particuliers : leur intégration dans le système général de la Sécurité sociale paraissait incompatible avec l'existence d'un droit de préférence au profit d'une ou plusieurs catégories d'assurés. Le législateur a préféré sacrifier à l'unification des institutions, conscient des obstacles psychologiques qui s'opposent à l'application d'un tel principe. La nationalisation de la plupart de ces branches professionnelles facilitait d'ailleurs sa tâche en lui donnant l'occasion de montrer en exemple des entreprises-pilotes sur le plan social, tout en lui évitant d'être contraint de consentir des droits identiques aux salariés du secteur privé, par le jeu du principe de généralité de la loi : l'Etat-patron étalait sa sollicitude au grand jour. Cependant, les agents du secteur public considèrent ces avantages comme la contrepartie de leur fonction sociale : assujettis à l'Etat, soumis à son pouvoir disciplinaire et régis par un statut de droit public moins souple, plus rigide qu'un simple contrat de droit privé, ces sujétions ont pour compensation une stabilité de la rémunération, complément indispensable de la stabilité de l'emploi.

A ce stade, salaire social et salaire direct se confondent pour devenir un traitement, une mensualité, versés à l'agent depuis son entrée dans le service public jusqu'à sa mort, quelles que soient les vicissitudes de son existence. Du même coup, l'agent du service public s'intègre dans l'entreprise d'Etat, laquelle le prend en subsistance ; un droit nouveau apparaît : la propriété de la rémunération fondée sur le travail, manifestation parmi d'autres de la transformation en droits réels d'anciens droits de créance. Les textes ne reconnaissent pas de manière expresse un tel droit, mais le principe en est affirmé dans ses conséquences pratiques au sein des services publics.

Cette évolution qui s'amorce restera-t-elle cantonnée au domaine public où le développement de grandes entreprises a facilité l'éclosion de ce nouveau droit ? Y a-t-il des raisons convaincantes pour admettre que le statut social de l'agent du service public doive se différencier de celui du salarié de l'entreprise privée, en fonction de leurs conditions juridiques dissemblables ?

β) Critiques des disparités existantes et la notion moderne d'entreprise.

Le problème se pose, certes, sous un angle différent depuis que l'Etat, sous la pression de considérations économiques et sociales a élargi

le champ de son intervention. Lorsque ses agents étaient en nombre limité, ce particularisme était concevable dans la mesure où la puissance publique, en tant qu'employeur, prenait en faveur de son personnel des mesures sociales destinées à récompenser le zèle, la fidélité, l'attachement, les services rendus. Les données juridiques et la structure professionnelle sont bouleversées par l'extension du rôle économique de l'Etat.

Près de 1.800.000 personnes relèvent des régimes spéciaux et bénéficient d'une situation plus favorable sur le plan social par comparaison aux autres salariés. Certes, on trouve une grande diversité, qui n'est que la survivance des anciens statuts particuliers créés dans la ligne du développement du droit professionnel, mais la toile de fond est bien apparente : un droit social spécial s'est constitué pour cette catégorie particulière dont la condition juridique reste cependant extrêmement multiforme. Un service public n'est pas nécessairement géré par une personne morale de droit public (22) ; les nationalisations incorporent avec armes et bagages les entreprises privées dans les services publics et en maintiennent les contrats de travail (23). On sait les difficultés de la jurisprudence du Conseil d'Etat à établir des distinctions entre les personnes qui sont liées, soit par un contrat de droit public, soit par un contrat de droit privé (24). A l'intérieur même des services « étatiques » industriels ou commerciaux, alors que le personnel subalterne n'est pas classé dans le groupe des fonctionnaires, en revanche, le personnel supérieur en fait partie.

On découvre ainsi une infinité de nuances dans les statuts juridiques liant les rapports des services publics et de leur personnel. Cette diversité des catégories juridiques trouve cependant un certain facteur d'unité sur le plan social : l'ensemble des agents des services publics revendique et obtient le bénéfice des mêmes avantages sociaux. Par l'effet d'une solidarité juridique qui les unit, les individus, au sein d'un même groupe, deviennent plus semblables et plus égaux ; l'exercice des droits individuels est subordonné à la loi du groupe, de la collectivité ou de la catégorie dans laquelle l'individu se trouve assemblé avec d'autres. « Le droit individuel » cesse d'être une faculté exclusive... son titulaire n'est pas seul dans sa condition (25). Faut-il voir là le fondement de la situation privilégiée dont jouit l'agent de service public en matière de salaire social ?

A vrai dire, la cause de ce droit de préférence n'est susceptible d'explication que si l'on envisage les répercussions du nouvel ordre collectif qui s'ébauche sur la notion juridique d'entreprise. Le droit

(22) Voir Arrêt Monpeurt, C.E. 31 juil. 1942, D.C. 1943, J. 138. Conclusions Ségalat, note Chastenot.

(23) Savatier : *Les métamorphoses, écon. et soc. du Droit Civil d'auj.* N° 122 et suiv.

(24) Charlier — *Le régime complexe des services industriels et commerciaux.* J.C.P. 1955 I 1220 ; Brun et Galland, — *Traité du Droit du travail*, pp. 200 et suiv.

(25) E. Bertrand. *De l'ordre économique à l'ordre collectif*, pp. 187 et suiv. (Le Droit privé français au milieu du xx^e siècle, Mélanges G. Ripert.) Voir avis du C.E. du 18 mai 1954 sur autonomie de l'entreprise (concerne l'entreprise nationalisée).

à la propriété de la rémunération s'exprime d'une façon concrète dans le secteur public, parce qu'il y apparaît comme la conséquence juridique inévitable de la socialisation des entreprises privées. MM. Durand et Jaussaud, dans leur *Traité de Droit du Travail* où ils consacrent 130 pages à l'analyse de la nature juridique de l'entreprise, en annoncent les prémices : « cette socialisation s'accompagne naturellement d'une fonctionnarisation de l'entreprise » (26). Les rapports juridiques traditionnels de l'Etat avec ses agents étaient d'essence politique ; en s'immisçant dans l'activité économique, la puissance publique leur donne un contenu économique et social.

Par un mouvement inverse, dont on ne soupçonne pas la portée immense, les rapports de droit subjectif au sein de l'entreprise socialisée font place à des rapports de droit objectif. Cette métamorphose, c'est-à-dire la disparition du pouvoir de contrainte et de puissance qui permet à une personne d'exiger une prestation d'un autre homme, pièce maîtresse du droit de l'obligation, est le résultat de la séparation de l'entreprise de ses propriétaires. Du même coup, le droit à la propriété des produits du travail qui appartient traditionnellement à l'employeur en tant que propriétaire des éléments de l'entreprise, donne naissance au droit à la propriété de la rémunération qui appartient désormais aux membres salariés de l'entreprise « collective ». A la conception individualiste contractuelle du passé se substitue une conception collective et institutionnelle de l'entreprise, dans laquelle le salarié n'est plus lié à un employeur déterminé, mais directement à l'entreprise elle-même. A ce niveau seulement, le concept d'entreprise ignoré du droit français acquiert la valeur juridique d'une institution comparable à l'Etat avec lequel elle se confond intimement et dont elle n'apparaît d'ailleurs que comme un élément de décentralisation, cellule économique dont les membres travaillent pour le « bien commun de tous ».

On s'achemine vers la véritable communauté de travail, une société « sui generis » où les rapports de collaboration entre les différentes parties du personnel rejettent le principe de concurrence sur lequel on a longtemps fondé les liens juridiques entre les hommes (27).

Faut-il aller plus loin et considérer avec certains auteurs (28) que la théorie de l'entreprise-institution est valable aussi bien pour l'entreprise étatique que pour l'entreprise privée ? Une partie de la doctrine contemporaine est prête à l'admettre : l'entreprise est présentée comme une communauté d'hommes au sein de laquelle règnent une certaine solidarité et un esprit de collaboration, communauté animée par un chef qui agit, non dans son intérêt propre, comme un propriétaire ou un patron, mais dans l'intérêt général (29). Comme le fait cependant

(26) E. Bertrand — voir la conclusion de son étude « de l'ordre économique à l'ordre collectif » — Etudes Ripert, p. 189.

(27) Droit du Travail. Tome I — p. 532.

(28) P. Durand, *Les fonctions publiques de l'entreprise privée*, Dt social 1945, p. 246.

(29) Voir critique de cette conception par Lyon-Caen. *Manuel de Droit du Travail*, pp. 221 et suiv. : « Une institution telle que l'entreprise serait concevable si elle

observer M. Ripert : « Il ne faut pas oublier que l'entreprise, dans notre organisation juridique actuelle, n'est pas indépendante de celui à qui elle appartient et que les rapports des ouvriers et des entrepreneurs restent des rapports de droit privé » (30).

« La démocratisation » de l'entreprise privée est certes le signe d'une orientation vers une modification des structures politiques et économiques, mais elle n'implique pas de bouleversement radical : conférer à l'entreprise une fonction « sociale » revient indirectement à investir son propriétaire d'une mission « publique » qui n'est plus qu'une idéalisation. En vérité, le problème est-il bien posé ? N'est-il pas plus exact de soutenir que tout travailleur, tout salarié apparaît de plus en plus comme exerçant une fonction sociale et s'intègre de plus en plus dans quelque chose qui ressemble à un secteur public (31) ?

Dès lors, les disparités de statut social entre le secteur public et le secteur privé ne font que traduire la survivance, dans certains domaines, d'une économie libre. Elles sont la preuve que l'entreprise privée n'est pas à même d'accomplir sa mission de protection sociale. L'entreprise et l'entrepreneur coexistent toujours ; or, cette coexistence ne peut être pacifique et se traduit toujours par l'élimination d'un des éléments en conflit. Cette opposition marque combien la notion de droit à la propriété de la rémunération est incompatible avec le fait que l'entreprise demeure toujours dans le patrimoine de l'employeur. Ceci se vérifie par l'existence de disparités au sein même du secteur privé.

b) *Les disparités au sein du secteur privé.* Ces différenciations ne résultent pas du droit de la Sécurité sociale, mais du développement des conventions collectives dont les clauses assurent des avantages complétant ceux distribués par le système général de la Sécurité sociale.

N'ayant pas le caractère normal de généralité de la loi, elles contribuent à développer la fragmentation du Droit Social (32). M. Paul Durand observe que les dispositions conventionnelles relatives au maintien de tout ou partie du salaire, en cas de survenance d'un risque social, se rattachent par leur esprit et par leur mécanisme à la législation moderne de Sécurité sociale dans la mesure où elles concourent à la sécurité du gain (33). Elles s'en distinguent, cependant, quant à leur fondement juridique, étant donné leur origine contractuelle. Quant à leur nature juridique, les avantages consentis s'apparentent à un salaire individuel et

était placée au service de fins autres que l'intérêt propre du chef d'entreprise ; cela devrait se traduire par cette conséquence que l'entreprise se verrait investie de la personnalité morale dont le chef d'entreprise serait au plus l'organe. Or, il n'en est pas ainsi, en droit français : l'entreprise n'est pas une personne morale parce que l'entreprise ne poursuit pas des fins propres. » Donc « absence » d'intérêt collectif. Cependant noter la tendance à admettre un déplacement vers le critère d'organisation plutôt que vers le critère d'« intérêt collectif » (Cour de Cass. 17 janv. 1956).

(30) G. Ripert — *Les forces créatrices du Droit*, p. 274, n° 188.

(31) R. Savatier — *Op. cit.* n° 114, p. 97.

(32) Brun et Galland, *Traité Droit du Travail*, p. 189.

(33) P. Durand et A. Vitu — *Traité de Dt du Travail*. N° 423 et suiv. 1950 — P. Durand : « La Politique contemporaine de la S.S. », p. 44.

non à un salaire social (34). En revanche, les régimes complémentaires de retraites prévus par les conventions collectives, qui se sont multipliés ces dernières années, empruntent la technique de l'assurance sociale et s'intègrent dans le système de Sécurité sociale par le phénomène de redistribution des revenus auxquels ils aboutissent.

Dans leurs résultats, ces dispositions comportent une conséquence capitale : elles accentuent les inégalités sociales, le bénéfice en étant réservé à telle ou telle catégorie d'individus. C'est toute l'originalité du Droit du Travail, en raison, d'une part de son autonomie quant à ses sources, et d'autre part, de son impérialisme, quant à ses applications.

A travers les conventions collectives, l'Etat abandonne son monopole d'élaboration du droit, considéré comme un dogme par les juristes de la Révolution et de l'Empire qui craignaient de voir ressurgir les corps constitués de l'ancien régime. M. Lyon-Caen (35) refuse néanmoins d'attribuer à la convention collective, la valeur d'une source de droit d'origine professionnelle : « tout droit est aujourd'hui d'origine étatique ». Sa remarque semble justifiée dans la mesure où les règles élaborées directement par les intéressés ne deviennent la loi de la profession que par l'homologation de la puissance publique qui leur confère force obligatoire. La retraite de la loi devant les sources professionnelles découle du fait que les dispositions conventionnelles n'ont pas la généralité habituelle des règles émanant de la puissance publique ; elles ne sortent à effet qu'à l'égard de certains groupes de personnes, pour des professions ou des branches professionnelles déterminées. Ceci explique que la majorité de la doctrine ait opté pour la conception dualiste (36), la convention collective participant à la fois du contrat et du règlement.

A partir de cette donnée, les opinions divergentes refont leur unité pour considérer les avantages du cadre conventionnel, consacrés par la loi du 11 février 1950 qui annonce l'affaiblissement du monopole législatif. Cette autonomie dans les sources permet l'octroi d'avantages supérieurs à la loi ; une adaptation de la réglementation à la branche professionnelle intéressée aurait été impensable dans le cadre étroit du contrat de travail. Cela est si vrai que le droit du travail acquiert, par le jeu des conventions collectives, un caractère extrêmement diversifié lié à la condition sociale du salarié et découlant de l'idée que le travailleur n'est pas un être abstrait pour lequel on peut légiférer de manière uniforme (37).

On conçoit, dès lors, toutes les distinctions opposant les employés aux ouvriers, les salariés aux cadres, les employés supérieurs aux employés subalternes, qui traduisent les particularismes du monde du travail, que l'on cherche en vain, d'ailleurs, à expliquer par la nature différente des activités manuelles et des travaux intellectuels, par les impératifs économiques variables des uns et des autres, ou encore par le degré plus ou moins important d'initiatives dont ils disposent. Divisions qui témoignent

(34) Voir I^{re} partie, Titre I de notre Thèse.

(35) Manuel de Dt du Travail, p. 24.

(36) P. Durand — « *Le dualisme de la Convention collective du travail* » — Rev. Trim. Dt Civil, 1939, pp. 353 et suiv.

(37) Brun et Galland — *Op. cit.* p. 188.

au fond que l'entreprise est essentiellement une organisation solidement hiérarchisée sous la conduite d'un chef, l'entrepreneur ; organisme social où chacun, travaillant à sa place, ne peut avoir exactement le même droit que son voisin (38).

L'idée d'égalité est étrangère au Droit du Travail quelles qu'en soient ses sources. Mais en conférant compétence aux conventions collectives pour assurer par des clauses appropriées librement débattues, des avantages sociaux supplémentaires, on transpose, sur le plan de la protection sociale, les inégalités internes propres au droit du travail et l'on aggrave les dissemblances. C'est ce phénomène juridique d'impérialisme qui a peut-être mal entrevu et qui appelle deux remarques capitales :

1°) d'abord, la protection sociale est conçue selon un principe d'inégalité.

2°) ensuite, par l'effet d'un choc en retour, on restitue insensiblement à l'entreprise sa fonction tutélaire de protection de ses membres, qu'on s'était proposé de lui retirer à travers le système général de la Sécurité sociale.

α) *Première observation* : Par le jeu des conventions collectives, les différenciations du droit du travail se répercutent sur le plan social. Il est curieux de constater que la première convention collective à prévoir un régime complémentaire de retraite et de prévoyance, bien antérieure à la loi du 11 février 1950, est celle des cadres, du 14 mars 1947, étendue par un avenant du 13 octobre 1952 aux voyageurs, représentants et placiers. D'autres caisses de retraite se constituent à la même époque, intéressant des branches ou entreprises importantes : Crédit Lyonnais, Organismes de Sécurité sociale, accord Renault du 15 septembre 1955, Cie des Compteurs (du 18 novembre 1955), Sté Olida (11 octobre 1955). Ces régimes complémentaires n'ont cessé de s'étendre depuis que l'Ord. du 16 janvier 1959 en a fixé la réglementation et les conditions de fonctionnement. On dénombre au 31 décembre 1960, 21 accords ou conventions nationales et 147 accords régionaux ou locaux inter-entreprises ou inter-professionnels.

Au surplus, certaines conventions collectives prévoient le maintien du salaire intégral ou partiel en cas de maladie : mais elles réservent souvent ce droit aux employés supérieurs (convention collective des ingénieurs et cadres du bâtiment), ou bien l'ancienneté dans l'entreprise est une condition d'ouverture du droit (convention du personnel de la Sécurité sociale).

Ainsi s'affirme peu à peu une conception nouvelle de la protection des moyens d'existence, réalisée dans le cadre professionnel ou par l'entreprise. Les indemnités de remplacement du salaire acquièrent beaucoup plus le caractère d'un salaire lié au travail fourni que celui d'une garantie de la subsistance de l'intéressé.

En même temps, les impératifs économiques de l'entreprise font sentir leur empreinte et dominent les impératifs sociaux.

(38) G. Lambert — *La notion juridique d'entreprise* — Cours de Doctorat 1963 — Faculté de Droit de Nice (Inédit).

β) *D'où la deuxième observation* : l'entreprise retrouve en partie son rôle tutélaire en organisant, à titre complémentaire, la garantie de ses membres. Le salaire d'inactivité n'est que l'écho du salaire direct, avec les mêmes traits et les mêmes caractères : son montant variera selon des critères d'inégalité, attachement de l'ouvrier à l'entreprise, fonction et poste occupés dans la hiérarchie professionnelle ; pourquoi demain ne pas prendre en considération la productivité du travail et l'esprit disciplinaire des travailleurs ? On comprend beaucoup moins les plaintes sur le poids des charges sociales qui pèsent sur les entreprises, dès lors que celles-ci se proclament implicitement prêtes à prendre la relève du système général de la Sécurité sociale. La notion juridique d'entreprise est encore, plus que jamais, au centre du débat : l'entreprise peut-elle être investie d'une mission sociale ?

Qui des personnes qui sont en relation de travail avec des particuliers ? Qui leur assurera la garantie des moyens d'existence ? C'est par là-même aborder le problème des disparités découlant du mode de rémunération.

II. — *Les divergences fondées sur le mode de rétribution.*

Ces nouvelles causes d'inégalité trouvent leur source dans la situation de certains salariés ne percevant pas de rémunération en espèces. Puisque le salaire social est lié juridiquement au salaire direct, comment évaluer celui-ci ?

Le législateur, comme il lui arrive dans d'autres domaines chaque fois qu'il est embarrassé, crée de toutes pièces un salaire fictif. Comme une corrélation doit être établie entre, d'une part, les salaires et les cotisations, et d'autre part les cotisations et les prestations, ce salaire forfaitaire, image du salaire réel, servira d'assiette unique à la fois aux cotisations et aux prestations. Le principe est implicitement posé par l'article 122 du Code de la Sécurité sociale, lequel reproduit l'article 32 de l'Ord. du 4 octobre 1945 : « Des taux forfaitaires de cotisations peuvent être fixés par des arrêtés du Ministère du Travail et de la Sécurité sociale pour certaines catégories de salariés ou assimilés ». Ce procédé technique se révèle cependant si pratique qu'on étend le système de la fiction, même à des hypothèses où pourtant le salarié reçoit pour partie sa rémunération en argent. Une question se pose alors : la fiction est-elle le décalque de la réalité ? Si oui, aucun problème ne se pose ? Mais dans la négative, en revanche, ces catégories de salariés ne risquent-elles pas d'être défavorisées sous l'angle de la sécurité du gain, puisque les prestations en espèces seront calculées sur un salaire fictif n'ayant aucun rapport avec le salaire réel ?

De là, toutes les objections opposables à la notion de salaire fictif, qui ne prendront du relief que si l'on examine au préalable les raisons qui justifient le recours à un salaire fictif.

a) *Les justifications de la notion de salaire fictif.* Les motifs qui ont conduit à l'introduction de salaires ou cotisations forfaitaires pour certaines catégories d'assurés sont extrêmement variés. Etant donné l'exten-

sion du procédé, il est difficile de les rattacher à une règle de principe. Il n'y a pas de fondement unitaire. Leur institution procède beaucoup plus d'impératifs techniques que juridiques, lesquels déterminent par là-même le domaine d'application du salaire fictif et le montant de celui-ci.

α) *Le domaine d'application.* On peut néanmoins, tenter une synthèse : il semble en effet que la règle du salaire forfaitaire trouve un intérêt d'application lorsque la rémunération est constituée, en tout ou partie, par des avantages en nature ou bien lorsqu'on constate l'absence de moyens de contrôle sur la rémunération réelle.

La rémunération en nature, historiquement la première forme de rétribution du travail, n'a pas disparu (39). L'art. 75 al. 2 du Livre I du Code du Travail la considère comme licite, si elle est l'accessoire d'une rémunération en argent, bien que l'article 43 qui est d'ordre public ait entendu prohiber la pratique ancienne et abusive du truck-system. On estime même qu'elle peut constituer, à la limite, le seul mode de rémunération pour le salarié travaillant « au pair ». C'est le cas notamment des gens de maison ou des concierges (logement).

L'employeur fournit, à titre accessoire ou principal, la nourriture, le logement et parfois même les vêtements ; d'où la nécessité d'apprécier la valeur de ces prestations. Une évaluation réelle serait trop subjective ; aussi le recours à l'évaluation forfaitaire, étant donné son caractère objectif paraît préférable. Cette conversion en numéraire est fixée par des arrêtés ministériels qui définissent les chiffres minima représentatifs de la valeur de la nourriture et du logement. La règle a même été étendue aux apprentis ou stagiaires non rémunérés, la formation professionnelle de l'enseignement dont ils sont bénéficiaires étant analysée comme la contrepartie de leur travail ; ainsi d'ailleurs qu'aux jeunes étrangères qui viennent en France dans un but culturel et qui sont reçues, au pair, dans des familles comme aides-familiales (1).

En revanche, d'autres préoccupations semblent être à l'origine des cotisations forfaitaires prévues pour les personnes employées par les particuliers dans les services domestiques (gens de maison, chauffeurs, couturières etc...), pour les concierges et pour les salariés dont la rémunération est en totalité ou en partie constituée par des pourboires. Dans ce cas, il y a bien paiement d'une rémunération en espèces, soit par l'employeur, soit par des tiers, mais elle présente ce caractère d'être indéterminée et indéterminable pour deux raisons :

— d'abord parce que les pourboires sont, en principe, perçus par le salarié, soit directement, soit par l'entremise d'un tiers qui n'est pas toujours l'employeur. Le législateur suspecte la fraude dans l'évaluation réelle vu l'absence de moyens de contrôle.

— ensuite, et peut être parce que ce moyen de contrôle faisait totalement défaut pour la catégorie des gens de maison. Jusqu'à l'inter-

(39) L'évaluation de la formation professionnelle chez les apprentis et de l'ensemble des avantages pour les stagiaires aides familiales résultent d'arrêtés particuliers à ces deux catégories.

vention du décret du 29 décembre 1954, modifiant l'art. 44-a du Livre I du Code du Travail, l'obligation de délivrance d'un bulletin de paye ne s'impose pas pour cette catégorie de salariés. En outre, pour le personnel domestique l'intervention de la Sécurité sociale a une coloration complémentaire, conséquence de l'archaïsme constitué par la règle du domicile de dépendance des domestiques logés chez leurs maîtres.

L'article 109 du Code Civil traduit encore cette idée d'incorporation du domestique à la communauté familiale où le pater familias assure le vivre et le couvert à ceux qui travaillent sous son toit, même lorsqu'ils sont malades ou invalides. D'où il s'ensuit toutes les justifications du salaire fictif quant à son montant.

β) Le montant du salaire fictif. Apprécié différemment selon les catégories d'assurés, celui-ci correspond tantôt à la réalité, tantôt n'en est que le décalque déformé.

L'évaluation des salaires servant de base au calcul des cotisations et des prestations est déterminée, pour les personnes rémunérées au pourboire, par référence au salaire minimum garanti applicable dans la profession. D'une certaine manière, le Droit du Travail et le Droit de la Sécurité sociale refont, sur ce plan, leur unité : des distinctions sont même établies, selon la fonction du salarié, par la création d'un salaire fictif variable suivant la catégorie professionnelle.

Cette adaptation à la réalité concrète est tentée également par les divers arrêtés fixant les salaires forfaitaires des concierges, répartissant ceux-ci en quatre catégories et prenant comme critère d'appréciation de la rémunération, élément qui toutefois n'est pas dépourvu d'une certaine part d'arbitraire, le montant des loyers perçus dans l'immeuble où la fonction est exercée. Le système aboutit à la fixation d'un salaire fictif qui est parfois supérieur à la rémunération réelle et parfois inférieur.

L'évaluation des avantages en nature et du salaire fictif des gens de maison s'écarte en revanche de ces principes. Les taux de cotisation du personnel domestique varient selon l'importance de la commune et des chiffres différents sont en vigueur pour les hommes et pour les femmes (40). Ces différenciations traduisent la survivance des préoccupations économiques et sociales qui ont conduit à l'institution des zones de salaire en matière de rémunération pour faciliter le recrutement de la main-d'œuvre et une adaptation des barèmes de salaires au coût de la vie dans différentes régions ; elles traduisent aussi la survivance de la conception classique d'inégalité de rémunération du travail masculin et du travail féminin. En outre, les taux sont relativement faibles, d'où un écart parfois considérable avec le salaire réel.

Ce défaut de corrélation est-il explicable ? Peut-être à partir des impératifs financiers et économiques qui semblent inspirer le système ; l'institution pour le personnel domestique, d'un taux réduit de cotisation répond à deux idées : traditionnellement la charge du maintien des moyens d'existence est supportée en nature par le groupement familial qui

(40) L'arrêté du 31 oct. 1962 — (J.O. du 16 nov. 1962) supprime cette différenciation dans le mode de calcul des cotisations.

apporte secours et assistance à ceux de ses membres tombés dans le besoin. C'est la conception dépassée du domestique, élément à part entière de la famille au sens large. En contrepartie on admet un allègement des cotisations sociales, lequel offre cet avantage de faciliter le recrutement d'une main-d'œuvre, qui, en raison du coût des charges, risquerait de ne plus trouver preneur. En fait, ces arguments valables à une époque sont démentis par l'évolution économique et sociale qui bouleverse le mode de vie des individus et des familles.

β) *Les objections opposables à la conception du salaire fictif.* Le système du salaire fictif ne conserve un sens que s'il correspond, dans son évaluation, à la réalité. On observe qu'il n'en est pas toujours ainsi parce que l'on raisonne en fonction des concepts traditionnels. Le problème présente déjà un intérêt en droit du travail où le principe est posé que le salarié, en congé payé, doit percevoir un salaire égal à celui reçu au cours de l'emploi. L'employeur est tenu au paiement d'une indemnité compensatrice en espèces représentant la valeur exacte du salaire en nature : à défaut le droit au congé peut se révéler illusoire.

L'intérêt est capital dans le droit de la Sécurité sociale où la garantie des moyens d'existence suppose la prise en considération du salaire réel.

L'évolution est-elle dans le sens d'une disparition de la règle du salaire fictif ? Pour les salariés travaillant au pair c'est difficilement concevable. En revanche, dans d'autres domaines certains indices permettent d'envisager l'abandon du système.

Retenons d'abord que le souci d'une redistribution équitable des pourboires entre les membres du personnel conduit à une extension de leur remise directe à l'employeur, sous forme de majoration des notes des clients ou autrement. Le législateur intervient dans ce cas (loi du 19 mars 1934) pour assurer la protection de cette forme de rémunération et son évaluation exacte est possible. Dans le but également d'assurer un contrôle du salaire, le décret du 24 décembre 1954 rend obligatoire la délivrance du bulletin de paye pour le travail des gens de maison (41).

Mais surtout, les conditions de travail de cette dernière catégorie sociale se sont transformées. L'incorporation des domestiques à la vie familiale tend à disparaître sous la poussée de l'esprit égalitaire et les nécessités de la vie moderne. La crise du logement rend de plus en plus problématique la communauté de domicile. Les gens de maison, comme les autres salariés, aspirent d'ailleurs à l'indépendance quant à leur mode de vie et cherchent à échapper à la sujétion que présente la cohabitation. Quoi de plus naturel, puisque la doctrine moderne voit de plus en plus dans le domicile un attribut de la personnalité, un élément d'individualisation de la personne dans l'espace, source de droits et d'obligations au même titre que le patrimoine. Le domicile se manifeste bien « comme un droit de bourgeoisie, de citoyenneté locale » (42), auquel désirent accéder tous les individus.

(41) Rép. Ministérielle — J.O. 16 sept. 1955 — N° 18119.

(42) P. Carbonnier — Droit Civil, Tome I — pp. 193 et suiv.

Dès lors, l'écart existant entre le salaire réel et le salaire fictif ne se justifie plus pour cette catégorie d'assurés, la famille ne remplit plus comme autrefois à leur égard son rôle de sécurité. Prestations et cotisations doivent être calculées sur le salaire réel ou un salaire fictif correspondant.

Diverses interventions témoignent d'une orientation nouvelle qui se dessine, graduellement, timidement, pour des raisons de psychologie sociale : un brusque abandon du système des cotisations forfaitaires serait mal accueilli par les particuliers qui tenteraient de fuir leurs obligations par la fraude à la loi (43).

L'art. 2 de l'arrêté du 28 mars 1956 pour la première fois admet que le calcul des cotisations pour les personnes rémunérées à l'heure s'effectue sur le salaire réel. Le texte n'impose cependant aucune obligation à l'employeur ; cette règle n'est qu'une faculté dont l'exercice dépend d'un commun accord entre l'employeur et le salarié. Second stade d'évolution : l'arrêté du 30 décembre 1960 porte extension du principe également aux domestiques logés, nourris et rémunérés au mois, c'est-à-dire, en fait, à l'ensemble des gens de maison.

La pratique révèle cependant que le calcul sur le salaire réel n'étant pas obligatoire, les intéressés, c'est-à-dire en fait les employeurs, adoptent rarement ce mode de calcul. Le procédé ne sera susceptible d'une généralisation que par la pression des salariés qui ignorent d'ailleurs, pour la plupart, l'existence de ces dispositions récentes édictées en leur faveur, mais n'est-il pas douteux dans ce domaine, d'espérer que la force du nombre imposera la règle juridique (44), puisque l'un des modes d'expression de celle-ci, la force ou l'organisation syndicale, fait pratiquement défaut ? Pour régler le conflit en présence, l'intervention du pouvoir donnant force obligatoire semble nécessaire. Un arrêté récent du 27 juin 1963 s'inscrit dans cette évolution.

Ainsi s'affirme la nécessité d'un retour à l'unité des techniques destinées à garantir la sécurité du gain individuel. Cependant, dans la mesure où le travailleur est chargé de famille, la sécurité du gain suppose l'appréciation des *revenus familiaux*.

SECTION II

L'ILLUSION DE LA GARANTIE DES REVENUS FAMILIAUX

Par l'expression « revenus familiaux », nous envisageons essentiellement les prestations familiales dont l'objet est de compenser l'insuf-

(43) Nous écartons donc délibérément les compléments de rémunération qui ne s'analysent pas en un salaire redistribué et qui ne sont que des formes diverses du salaire individuel ou direct trouvant leur cause et leur fondement dans le contrat de travail (Voir *Supra*, I^{re} partie, Titre I).

(44) G. Ripert : *Les forces créatrices du droit*, pp. 92 et suiv.

fisance des ressources provenant du travail en raison de la présence au foyer de personnes qui consomment sans produire (45).

Il s'agit donc de déterminer si le salaire social qu'elles représentent assure réellement la couverture des besoins familiaux, le salaire individuel demeurant la contrepartie de la prestation individuelle du travail, destinée à couvrir les besoins du travailleur lui-même.

Montrer l'équivoque de l'intérêt d'application du salaire social en cette matière paraît relever beaucoup plus de la technique économique que de l'analyse juridique. Cependant, pour apprécier dans quelle mesure l'institution des prestations familiales, dans sa configuration présente, conserve certains liens avec la conception classique du salaire, il est indispensable de faire appel à la théorie qui éclaire la technique.

Nous savons que les règles juridiques qui gouvernent présentement l'institution n'assignent pas encore aux prestations familiales le fondement d'un véritable droit propre de l'enfant pour les allocations familiales ou de la mère de famille pour l'allocation de salaire unique, fondement indépendant de tout contexte familial. Certes, dans son remarquable arrêt, toutes Chambres Réunies du 11 février 1948, la Cour de Cassation s'est efforcée de le dégager en affirmant que « les enfants sont les véritables bénéficiaires des allocations familiales ».

Son arrêt plus récent du 12 mai 1961 s'inscrit dans cette même ligne d'évolution et la prolonge, mais ni l'enfant, ni la mère pour son activité au foyer, n'ont encore de vocation propre à être titulaires de droit. Tout concourait à achever cette évolution. Primitivement conçues comme une institution privée qui, par son « intuitu laboris » se rattachait à la théorie du salaire, les allocations familiales sont devenues une institution publique, destinée à contribuer à l'entretien des enfants et dont le champ d'application s'étend à toute la population. L'idée originaire de sursalaire familial ne traduisait plus leur nature juridique profonde d'aide de la collectivité, étrangère à l'existence d'un contrat de travail, indépendante même de tout travail actuel, fût-il non salarié.

Pourtant le droit actuel des prestations familiales ne s'est pas pleinement affranchi des conceptions traditionnelles. Le sujet de droit est encore le chef de famille, c'est-à-dire celui qui, par son travail professionnel, est chargé de faire vivre les siens. Les prestations familiales, qu'on le veuille ou non, apparaissent comme un élément de son patrimoine affecté dans l'intérêt commun de la famille.

Dans cette mesure les prestations familiales participent encore de l'idée de sur-revenu familial : elles sont un élément affecté du budget familial, d'origine professionnelle comme le salaire lui-même. Elles demeurent un accessoire du revenu du chef de famille. Ainsi l'institution conserve une double coloration professionnelle et familiale et sa structure est profondément contradictoire. Elle est contradictoire parce que l'idée de personnalité morale de la famille n'est pas consacrée par notre droit positif. « Il y a une institution familiale, note M. Jean Dabin, c'est-à-dire des droits et des devoirs familiaux, il n'y a pas de personne familiale dont

(45) Mario Dévéali : *Les réactions du monde du travail devant l'application effective des lois sociales*, Dt Social, 1948, p. 103.

les membres seraient les organes » (46). Ce qui est vrai, c'est que la famille n'a pas de patrimoine nettement circonscrit : il y a une sorte d'imprégnation communautaire de propriétés qui restent juridiquement individuelles (47). Tout au plus, on découvre l'existence d'une masse de biens communs, véritable patrimoine autonome affecté dans l'intérêt commun du ménage, mais sur lequel chaque époux exerce, à la dissolution du régime matrimonial, son droit de propriété individuelle qu'il n'a jamais perdu (48).

Ces constatations obligent à nuancer de réserves l'opinion d'une partie de la doctrine assimilant les allocations familiales à un des éléments du patrimoine familial. Peut-on admettre que celles-ci appartiennent à la famille et non à celui qui les touche personnellement ? Qu'elles se classent parmi les ressources réservées au ménage familial (49) ? Peut-on soutenir que les dispositions légales font de la famille « l'ayant droit normal de l'allocation » ? (50)

L'article L 511 du Code de la Sécurité sociale nous rappelle que le droit aux allocations naît au profit de « toute personne française ou étrangère résidant en France et ayant à sa charge, comme chef de famille ou autrement, un ou plusieurs enfants ». Le titulaire du droit est donc déterminé en fonction de la notion de charge, laquelle pose davantage des problèmes de relation de fait entre individus que des rapports de droit (51).

Le législateur accorde ainsi un droit propre et exclusif à des personnes qui sont juridiquement étrangères à la famille. Normalement, la charge des enfants suit la parenté, mais si elle en est dissociée, elle modifie l'aspect passif du tractatus de fait, pour lui conférer valeur de droit.

Le fait que les allocations familiales peuvent être versées à d'autres personnes que le titulaire du droit ne modifie pas ce principe juridique. L'article 525 du Code de la Sécurité sociale confère à des personnes déterminées la qualité d'attributaires, mais celle-ci n'a pour effet que de leur conférer l'exercice d'un droit qui appartient à d'autres. Cet exercice est précisément retiré à son titulaire afin que les allocations soient utilisées dans l'intérêt de l'enfant ; mais dans la mesure où cette affectation aux besoins de l'enfant est réalisée, le titulaire du droit a la libre disposition des prestations qu'il perçoit.

Les règles de la tutelle aux allocations familiales n'affectent ce principe que pour mieux assurer le contrôle de l'utilisation des fonds destinés à l'enfant. Ainsi le législateur a fait des allocations familiales une nouvelle

(46) La philosophie de l'ordre juridique positif — p. 358.

(47) J. Carbonnier — Cours de Dt Civil, Tome I — p. 254.

(48) G. Lambert, Cours de Dt Civil « Les régimes matrimoniaux » 4^e année 1963 — Faculté de Droit de Nice (Inédit).

(49) Voir allocations familiales et allocations de salaire unique — Droit social 1941 — Tome XI : « Le nouveau régime du travail ».

(50) R. Savatier — *Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit* — Dal. 1939 — Chr. p. 49.

(51) Voir R. Thery : « Les personnes à charge et le droit de la famille ». J.C.P. 1948 I 739.

catégorie de « biens réservés » de l'enfant, dont la condition juridique se rapproche des « biens réservés » de la femme, avec cette différence que ces biens appartiennent à son titulaire, c'est-à-dire, non à l'enfant, mais à l'allocataire. Celui-ci en a la libre disposition dans la mesure d'une destination précise : l'intérêt juridiquement protégé de l'enfant.

Si cet intérêt est en danger, un gestionnaire est désigné, l'attributaire ou le tuteur aux allocations familiales. Ces « biens réservés », en l'état actuel de notre droit positif, ne font pas partie intégrante du patrimoine de l'enfant ; ils sont un élément du patrimoine du titulaire du droit, qui, en règle générale, est le père ou la mère. Il en est bien ainsi puisque l'allocation de salaire unique elle-même est soumise aux règles de la tutelle (art. 539 in fine).

Les prestations s'analysent donc, dans la structure présente de nos institutions, comme un des éléments des ressources de la personne qui à la charge effective et permanente de l'enfant. Leur fondement juridique actuel ne leur assigne pas encore la nature d'un droit propre et direct de l'enfant ou de la mère (pour le salaire unique). Il en résulte que, pour n'avoir pas dégagé cette conception moderne, nos institutions confèrent aux prestations familiales la nature véritable d'un revenu complément du salaire ou revenu du chef de famille, sur lequel celui-ci doit surtout compter pour assurer l'entretien et l'éducation de ses enfants. Elles demeurent des mesures d'assistance qui ne dérogent pas à la maxime « qui fait l'enfant doit le nourrir » dont l'idée était déjà chez Kant ; l'enfant a un droit contre ceux qui lui ont imposé la vie et qui, exprimé par l'article 203 du Code Civil, impose aux époux « l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

On observe alors que ces données juridiques altèrent profondément les principes qui sont à la base de l'institution. Les techniques qui en découlent s'en trouvent profondément modifiées sur deux plans :

— d'abord, le principe d'adaptation des prestations familiales aux variations du coût de la vie, bien qu'affirmé par les textes, n'est pas appliqué,

— ensuite, ce défaut d'indexation des prestations familiales comporte une conséquence capitale : la prépondérance du salaire individuel au sein des revenus qui ont vocation à constituer le patrimoine du travailleur, manifestation de la survivance de la conception classique du salaire.

A. — LA RUPTURE DU LIEN ENTRE LES PRESTATIONS ET LES SALAIRES.

L'article L 544 du Code de la Sécurité sociale qui reproduit l'article 2 de la loi du 22 août 1946 énonce : « ...les allocations familiales sont calculées sur la base mensuelle de 225 fois le salaire minimum du manœuvre ordinaire de l'industrie des métaux. Elles varient de plein droit dans les mêmes proportions que ce salaire ». La règle confère aux prestations une valeur réelle dans la mesure où l'on maintient entre elles et les salaires un rapport constant ; elle institue une échelle mobile. En outre, la loi du 22 août 1946 pose le principe de l'égalité des bénéficiaires à niveau de charges familiales équivalentes.

Sur le plan des textes, le système, par son esprit unitaire, contraste singulièrement avec les disparités qui affectent le droit des assurances sociales. On estime que les prestations sont destinées à couvrir une fraction des frais d'entretien et d'éducation des enfants, quotité évaluée d'une façon identique, quelles que soient les ressources du chef de famille. Cette unité des prestations est réalisée par des procédés techniques spécifiques. Toutes les prestations de la loi du 22 août 1946, hormis celles prévues par des textes particuliers (congé de naissance ou indemnité compensatrice de l'impôt cédulaire créée par le décret du 16 octobre 1948 et réservée exclusivement aux salariés) sont calculées en fonction d'un salaire de référence, appelé salaire de base, qui est identique pour tous.

La relation ainsi établie entre les salaires et les prestations est donc d'une nature différente de celle qui gouverne le régime des assurances sociales, qui proportionne le salaire social au salaire d'activité de l'individu.

Cependant, ces deux règles de fond sont l'objet de diverses restrictions de portée inégale. Si le principe d'égalité des bénéficiaires, remis en question pendant la période de démarrage de l'institution de Sécurité sociale, semble avoir retrouvé un intérêt d'application, en revanche le principe d'indexation des prestations, dont l'intérêt devait être le plus durable, n'est toujours pas observé (52).

a) La règle d'unicité des prestations, pourtant réaffirmée par la loi du 2 août 1949 (53) est d'abord mise en cause par la loi du 25 juin 1947 qui, sous l'empire des nécessités économiques et financières, institue un système anarchique caractérisé au cours d'une première phase qui s'achève avec le décret du 31 décembre 1954 par les traits suivants :

1) d'une part, abandon du principe de l'unicité du salaire de base à la fois sur le plan des diverses prestations et les diverses catégories d'allocataires : allocation de maternité et allocation de salaire unique ont des bases différentes de celles applicables à l'ensemble des prestations. Des distinctions sont également établies entre les allocataires selon qu'ils relèvent du régime des salariés du commerce et de l'industrie ou du régime agricole, ou même des employeurs et travailleurs indépendants. Ces disparités trouvent leur cause dans l'absence de surcompensation interprofessionnelle entre les différents régimes de prestations et la nécessité d'assurer séparément l'équilibre financier de chacun d'eux.

2) d'autre part, abandon du mode de calcul unique en fonction du salaire de base établi : certaines prestations sont majorées par des lois successives sans répercussion sur le salaire de base, ce qui accroît les disparités précédentes. Tous ces rehaussements sont décidés par la puissance publique au gré des circonstances et des revendications sociales.

Quelle est donc la situation présente ? Depuis la loi du 3 janvier 1952, qui rétablit la parité des prestations pour les exploitants agricoles et les

(52) *Indexation des prestations familiales* — Droit social 1958 — p. 421.

(53) Les arrêts du Conseil d'Etat des 28 fév. 1950 et 18 déc. 1951 estiment également que l'art. 2 de la loi du 22 août 1946 reste toujours en vigueur jusqu'à ce qu'il soit modifié par une nouvelle loi.

artisans ruraux, et en dernier lieu le décret du 31 décembre 1954, toutes les catégories d'allocataires sont sur un pied d'égalité. Seule l'allocation de salaire unique se singularise, son montant n'étant pas fixé par référence au salaire de base des autres prestations.

b) Il n'en est plus de même des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article L 544 du Code de la Sécurité sociale qui, pourtant toujours en vigueur, paraissent être tombées en désuétude. En effet les rehaussements des différentes prestations ne sont plus décidés en application de ce texte, mais par la puissance publique. Il en résulte une rupture du lien entre les salaires et les prestations, celles-ci ne suivant plus, de plein droit, les variations du coût de la vie. On justifiait à l'origine cet impérialisme du droit public par des raisons juridiques et financières.

Les majorations du salaire de base des prestations définies par l'article L 544 du code de la Sécurité sociale ont pour effet d'entraîner des augmentations de loyer, conformément à l'article 31, al. 1^{er} de la loi du 1^{er} septembre 1948. Ces répercussions sont évitées par la stabilisation du salaire de base légal des prestations familiales. Les modalités techniques de la loi du 22 août 1946 valable pour le régime général, sont un facteur d'accroissement des charges de l'Etat et des régimes spéciaux, lesquels sont financièrement indépendants. Les pouvoirs publics tiennent à empêcher que les dépenses publiques soient liées à un élément extérieur et économique créé par l'initiative privée : la conjoncture des prix et des salaires ; la loi de 1946 correspond, en matière de salaire, à une période de dirigisme qui prend fin avec la loi du 11 février 1950. Néanmoins, l'échelle mobile des prestations, prévue par la loi de 1946 n'est pas appliquée.

L'art. 20 de l'Ord. du 30 décembre 1958 (54) confère compétence au gouvernement pour assurer « la revision annuelle des prestations familiales par des mesures de caractère réglementaire, sans avoir à recueillir l'avis des organismes dont la consultation est actuellement obligatoire ». On peut citer sept modifications successives du salaire de base des prestations prises dans le cadre de ces dispositions.

Dans ce domaine, l'absence de péréquation du salaire social, le défaut d'adaptation automatique des prestations aux variations du coût de la vie altèrent assez profondément la portée de la garantie des revenus familiaux.

B. — LES EFFETS DE L'ABSENCE DE RELATION AVEC LES SALAIRES.

Cette situation ne découle-t-elle pas du fait que les prestations familiales, dans leur conception actuelle, ont pour finalité de compléter le salaire individuel, en vue de fournir des ressources supplémentaires au chargé de famille ? En tant qu'accessoire de la rémunération, une place secondaire dans la hiérarchie des besoins leur est attribuée en comparaison des autres prestations de la Sécurité sociale, dont l'objet est

(54) J.C.P. 1959 III 23859.

de se substituer au salaire défaillant. Autrement dit, le principal prime l'accessoire.

Cette constatation résulte d'une double observation : alors que le législateur laisse pratiquement tomber en désuétude un texte qui instaure une véritable indexation des prestations familiales, à l'inverse et en revanche, dans le domaine des autres prestations sociales, où rien n'avait encore été prévu, il instaure le même principe et en assure la mise en œuvre effective. Ce phénomène de permutation des objectifs poursuivis se révèle d'une importance capitale.

Il n'est susceptible d'une explication qu'en considération des préoccupations natalistes auxquelles le législateur de 1946 ne pouvait rester insensible. Les soucis d'ordre démographique, qui ont fortement influencé le système français de Sécurité sociale lors de son élaboration, n'ont-ils pas en partie disparus ? La France est sortie de la période de pénurie qui caractérisait l'après-guerre ; l'accroissement du Revenu National et le relèvement de la natalité française ont modifié les données du problème. Les objectifs familiaux cèdent le pas devant d'autres problèmes plus aigus notamment celui de la vieillesse. Ce changement dans l'ordre des besoins n'est-il pas à l'origine du renversement des tendances ?... Une fraction du salaire social est détournée de sa destination familiale pour être affectée à d'autres catégories sociales. Ces mutations de ressources résultent du jeu des manipulations de trésoreries jusqu'au 1^{er} janvier 1939. Les ordonnances des 30 décembre 1958 et 4 février 1959, portant loi de finances pour 1959, concrétisent d'une manière définitive pour l'avenir, ces transferts de fonds par la diminution de 2,5 points de la cotisation familiale et la majoration de 2,5 points de celle d'assurances sociales.

Ne retrouve-t-on pas là l'écho de certaines théories doctrinales affirmant : « les prestations familiales doivent naturellement être d'autant plus développées qu'un pays est plus pauvre et que son revenu national est plus bas » (55). Ce qui signifie, *a contrario*, que si le revenu national augmente, elles peuvent être réduites. En fait, c'est ce qui est advenu : le salaire individuel demeure l'élément prépondérant du budget familial et la garantie des revenus familiaux se révèle illusoire pour la catégorie de travailleurs les plus déshérités.

1) *Le salaire individuel, élément prépondérant du budget familial.*
Le droit actuel des prestations familiales consacre ainsi, dans l'ordre juridique, l'idée que le salaire individuel, au sens plus large le revenu individuel du travailleur, étant donné la généralisation de l'institution à tous les éléments de la population, est toujours conçu selon l'optique classique comme devant permettre la subsistance de tous les membres du groupement familial.

Ainsi, une part de plus en plus restreinte des frais d'entretien et d'éducation des enfants est prise en charge par la collectivité sous la forme d'un revenu social. Ceci oblige à nuancer de réserves l'affirmation énoncée dès 1941, par M. Rouast que « le lien entre le service des

(55) P. Laroque : *Famille et Sécurité sociale. Informations Sociales* 1^{er} mars 1950.

allocations et l'obligation d'entretien qui incombe au chef de famille tend ainsi, sinon à disparaître du moins à s'estomper ».

D'une façon très paradoxale les prestations familiales représentent toujours une sorte de « revenu familial » et non un revenu propre destiné à couvrir les besoins des membres inactifs de la famille, indépendamment de toute prestation de travail. Dans son excellente étude sur les « Aspects économiques des prestations familiales », M. J. Hochard procède en 1957 à une enquête détaillée auprès des familles, sur l'importance relative des prestations familiales en fonction des ressources professionnelles de la famille et du nombre d'enfants. Il note :

« Dans les familles de deux enfants, suivant que le revenu passe de 20.000 F par mois à 200.000 F les prestations familiales passent de 40 % dans l'ensemble des ressources à 6 % ; respectivement dans les familles de trois enfants, de 52 % à 10 % et dans les familles de cinq enfants de 66 % à 16 % ».

L'auteur en tire semble-t-il une conclusion discutable lorsqu'il estime que les prestations familiales constituent dans chaque ménage une fraction importante des revenus. Certes, on constate que cette proportion s'accroît au fur et à mesure que les revenus diminuent et sa remarque est valable pour les revenus professionnels qui se situent au niveau du minimum de subsistance. Mais, pour la plus grande partie des bénéficiaires c'est-à-dire ceux qui perçoivent un revenu moyen de 50.000 F, les pourcentages représentatifs de la valeur des prestations par rapport à l'ensemble des ressources (prestations comprises) sont de 20 % pour deux enfants, de 35 % pour trois enfants. Retenons que les familles comportant deux ou trois enfants représentent environ 50 % des familles bénéficiaires (56). Encore faut-il tenir compte que ces comparaisons envisagent l'ensemble des prestations, y compris l'allocation de salaire unique. Pour les petits salariés ayant deux enfants, les revenus de « complément », destinés aux éléments de la famille qui consomment sans produire, ne dépassent pas la rémunération minima du célibataire.

II) *Le caractère aléatoire de la garantie des revenus familiaux.* Peut-on dire que l'adaptation des ressources aux besoins de chaque famille est effective ? Pour y répondre il convient, en outre, d'apprécier la valeur réelle des prestations, non plus en fonction des ressources de chaque famille, mais en fonction des besoins à satisfaire. Cette analyse relève là encore de la science économique ; le juriste ne peut se borner qu'à tirer les conclusions. De nombreux ouvrages ont été publiés en ce domaine et M. J. Hochard en fait une magistrale synthèse dans son livre précité. On retrouve toujours les mêmes observations : « Les prestations familiales n'ont pas suivi le même taux d'accroissement que les autres catégories de revenus (aussi bien sociaux que professionnels) ; l'écart qui sépare les revenus du célibataire par rapport à ceux du chef de famille n'a cessé de s'approfondir. Le problème se pose de savoir si le système des prestations uniformes ne fait pas obstacle à une véritable

(56) Notes statistiques du Ministre du travail — janvier 1961. Ces statistiques établies au 30 juin 1960 sont valables à quelques variations sans incidence, pour 1957.

redistribution des revenus sociaux en fonction des besoins. Pourtant la plupart des auteurs considèrent cette formule comme un moyen terme entre la thèse des prestations proportionnelles au revenu et celle qui préconise la règle de la proportionnalité décroissante en fonction des ressources.

Il est difficile d'admettre avec les partisans de la première théorie qu'au fur et à mesure que le niveau d'existence d'un chef de famille s'élève il est hors de doute que ses enfants lui coûtent plus cher et « qu'il est obligé moralement et légalement d'assurer à tous les membres de sa famille un niveau de vie en rapport avec sa position sociale » (57), ou bien encore que « l'allocation familiale soit proportionnelle au salaire effectif de l'attributaire du fait que les ressources de l'institution sont elles mêmes proportionnelles au salaire » (58).

La seconde formule, plus sociale, plus conforme à l'idée de justice distributive est psychologiquement rejetée dans la mesure où elle accentue une égalisation des revenus familiaux parce qu'en vérité, dans l'ordre juridique, on demeure attaché aux règles traditionnelles de notre droit privé (art. 203 du Code Civil). Comment ne pas mentionner que toutes ces contradictions procèdent du caractère empirique des règles juridiques élaborées, qui participent à la fois de conceptions opposées entre lesquelles il faudra tôt ou tard opter ? Si l'on admet que les prestations familiales s'analysent comme des revenus de complément, et nos institutions, dans leur actuelle structure, semblent adopter cette optique, la meilleure solution serait une dégressivité des prestations en fonction des revenus, avec disparition de toute ouverture des droits au-delà d'un certain plafond de ressources. Compléter, n'est-ce pas parfaire ce qui est insuffisant ?

Si le salaire se fixe au niveau du minimum de subsistance, les prestations devraient alors couvrir l'intégralité de la charge que représente l'entretien des enfants et non une simple quotité.

En revanche, si l'on conçoit les allocations familiales comme un revenu propre à l'enfant, le salaire unique comme la rémunération extra-contratuelle de la mère de famille, c'est une conception objective des besoins, indépendante du milieu social professionnel du bénéficiaire, qui devrait prévaloir. C'est le principe d'uniformité qui devient la règle, et qui, sous son aspect juridique, est adopté par le système français.

Mais, dans la mesure où la loi du 22 août 1946 n'est pas appliquée, l'ordre juridique n'est plus que le miroir déformant de la réalité : les prestations familiales dégénèrent au rang « d'assistance », « de secours » destinés simplement à compléter le revenu ou le salaire individuel de celui qui a charge d'enfant. Elles conservent, en dépit de tout ce qui a été écrit à ce jour sur cette matière, la nature d'un sur-revenu familial et non d'un véritable salaire social spécialisé et affecté à certains besoins, notamment ceux des enfants.

Cette idée trouve sa deuxième confirmation sur un autre plan. En

(57) F. Villey, *Le complément familial du salaire*, pp. 208 et suivantes.

(58) L. Alvin, *op. cit.* p. 169.

effet, le droit des prestations familiales n'a pas perdu toute attache avec ses origines d'ordre professionnel : aux termes de l'article L 513 du Code de la Sécurité sociale, le chef de famille ne voit son droit propre sortir à effet que dans la mesure où il exerce une activité professionnelle, ou justifie de l'impossibilité d'exercer une telle activité.

On observe dès lors, que, si les prestations sociales ne sont plus l'équivalent juridique du travail accompli, c'est-à-dire qu'elles ne sont plus toujours proportionnées à la valeur de la prestation de travail, elles ont gardé de leur origine ce caractère fondamental d'être payées à l'occasion du travail.

Sous-Titre II

LE SALAIRE SOCIAL, FONCTION DE LA PRESTATION DE TRAVAIL

Dans son ouvrage, « Les Forces créatrices du Droit », M. Georges Ripert, pose la question : « Le salaire socialisé est-il vraiment un salaire » ? Il envisage, toutefois, une conception économique et extensive du salaire « socialisé » en y intégrant les participations aux bénéfices ou les primes à la productivité, alors que la notion juridique du salaire social, plus restrictive, n'englobe que les éléments de rétribution exclusifs d'une contrepartie actuelle de travail.

Est-ce à dire que le salaire social ne trouve plus sa cause juridique dans la prestation de travail ? En d'autres termes, faut-il en déduire que le phénomène de socialisation qui affecte une fraction de la rémunération du travailleur ait pour effet de dépersonnaliser entièrement les rapports juridiques du travail, dans la mesure de cette quotité mise à la charge de la collectivité ? Ou bien encore, que cette obligation collective, supportée par un groupe social et non plus par l'entreprise, ne suppose aucun équivalent de la part de celui appelé à en bénéficier ?

Ce serait oublier que le salaire socialisé, forme particulière de rémunération, spécialisée et affectée à la couverture de certains besoins, a sa source dans le travail. Ce n'est pas, ce ne peut être, une dette d'aliments aux seuls dépens de l'anonyme collectivité. L'oisiveté, qui n'est pas une source de droits individuels, ne peut être *a fortiori* une source de droits collectifs. Le travail est à l'origine de cette dette alimentaire publique. Ainsi, s'explique qu'à l'arrière plan de la scène juridique, la prestation de travail affirme sa pérennité : c'est elle qui conditionne le paiement du salaire social, comme elle demeure le fait générateur du salaire individuel. Faut-il, dès lors, s'étonner de ce lien de filiation qui établit une parenté certaine entre les deux formes prises par la rémunération du travailleur, selon qu'elle participe de la technique contractuelle et individuelle ou de la conception extra-contractuelle et collective ?

Ce phénomène juridique, d'ailleurs, n'est pas particulier au salaire. D'autres institutions de notre droit contemporain en sont affectées. Le dogme de l'autonomie de la volonté n'est plus intangible ; il recule devant les atteintes portées à la liberté contractuelle ; cependant, l'éclatement du contrat (1) n'a pas entraîné sa disparition. Sa survie, même

(1) R. Savatier — « Les métamorphoses économiques et sociales du Dt Civil d'aujourd'hui. »

dans les pays de Droit Soviétique où il conserve sa place traditionnelle, témoigne que, si dans sa nature et sa technique, il se transforme, il reste le support indispensable des relations juridiques publiques ou privées. Le droit de la responsabilité, malgré la profonde évolution qu'il a subi, demeure toujours axé autour de l'idée de faute, fondement juridique découlant de la règle morale : « Tu ne nuiras point à autrui. » L'impérialisme du droit public sur le droit privé, se traduit dans les multiples limitations apportées au droit de propriété individuelle, qui cesse d'être un droit absolu et exclusif (2). La propriété change de figure mais l'institution résiste avec ses règles traditionnelles amendées dans l'intérêt général, tant en France qu'à l'étranger, dans les pays à structure capitaliste que dans les pays collectivisés.

Il en est ainsi du salaire social, qui, au même titre que le salaire proprement dit, demeure rattaché à l'exécution de la prestation du travail ? Encore convient-il de prendre garde à l'imprécision de la terminologie et d'en définir le sens exact. L'expression « prestation de travail » fait partie des vocables juridiques utilisés dans des acceptions différentes et dont il faut délimiter le domaine d'application. Cette notion n'est pas particulière au contrat de travail. D'autres contrats ont pour objet également l'exercice d'une activité humaine, émanant aussi bien de l'esprit que du corps : dans le contrat d'entreprise, l'une des parties promet le produit de son travail ; le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire en son nom des actes juridiques ; l'article 1833, 2^e alinéa, du Code Civil, admet que l'associé puisse faire apport à la société de « son industrie ». Par « prestation de travail » nous entendons exclusivement l'objet du contrat de travail par l'effet duquel une personne, le salarié, met son activité professionnelle au service d'une autre personne, l'employeur ou le patron, qui, en contrepartie verse une rémunération : le salaire.

Dans la mesure où le salaire social apparaît comme le prolongement du salaire individuel auquel il se substitue ou qu'il complète, son futur bénéficiaire est tenu d'exciper d'une certaine qualité, celle d'ayant-droit, reconnue, soit comme un droit propre, soit comme un droit dérivé, à ceux qui justifient de l'accomplissement de la prestation de travail, autrement dit du statut juridique de salarié.

En revanche, dans deux domaines, celui des prestations familiales et celui de l'assurance vieillesse, l'ouverture du droit au salaire social est conditionnée par la justification d'une activité professionnelle.

(2) E. Bertrand — Cours de Dt Civil de Doctorat — Fac. d'Aix-en-Provence 1961 (Inédit).

CHAPITRE PREMIER

LA PRESTATION DE TRAVAIL, CONDITION RESTRICTIVE DU DROIT AUX PRESTATIONS

En réservant le bénéfice de certaines prestations sociales à des éléments déterminés de la population, le droit positif de la Sécurité sociale n'a pas encore acquis sa pleine autonomie par rapport au droit du travail. Il reste confiné au cadre bien délimité du salariat. Certes, la doctrine a souvent souligné « la tendance extensive » de la législation nouvelle, son potentiel de généralisation, son caractère dynamique » (1). Il est difficile de nier que la protection sociale se soit étendue à de nouveaux bénéficiaires. Est-ce à dire, que cette tendance à l'extension a eu pour effet de donner au droit de la Sécurité sociale une autre base que celle de notion traditionnelle de travail dépendant ?

L'analyse des textes révèle que le droit aux prestations ne sort à effet en cas de maladie, maternité, accident professionnel ou non, ou de chômage, que si l'assuré social justifie d'une certaine durée de travail salarié, variable selon les risques, même si l'employeur n'a pas acquitté les cotisations sociales correspondantes. *La qualité de bénéficiaire demeure ainsi, en principe, attachée à la possession d'état d'assuré social pendant un certain temps.* L'exigence d'une telle condition est révélatrice du souci du législateur de réserver la protection sociale aux véritables salariés et d'écarter ceux qui, par fraude, seraient enclins à se placer provisoirement, sinon fictivement, dans un état de subordination, dans le seul but de devenir titulaires de droits sans contrepartie réelle ou conséquente de travail.

Cette tendance à faire du salaire social un objet de droit « réservé » à certaines catégories de personnes atteste du domaine « restrictif » de l'assurance obligatoire. Cette idée est confirmée par les dispositions régissant l'assurance volontaire laquelle s'analyse comme une institution interne à la Sécurité sociale, prolongement de l'assurance obligatoire.

(1) Lyon-Caen « Manuel de Droit du Travail de la Séc. Soc. », p. 329.

SECTION I

LE DOMAINE RESTRICTIF DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

L'ordonnance du 19 octobre 1945 pose le principe que la prestation de travail est une condition d'ouverture du droit aux prestations sociales.

Il résulte, en effet, implicitement des articles L. 249 et L. 250 du Code de la Sécurité sociale, que la qualité de bénéficiaire est attachée à la notion d'assuré social. Celle-ci est définie par les articles L. 241 et L. 415 du Code de la Sécurité sociale qui, bien que rédigés en termes sensiblement différents, posent la même règle de fond :

« Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales... *toutes les personnes salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs* » (art. 241) et « est considéré comme accident du travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail, à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise »... (art. 415).

Cependant les articles L 249 et L 250 apportent une limitation à la règle de l'article L 241 en instituant une dissociation entre la qualité d'assuré social et celle de bénéficiaire. L'octroi des prestations reste subordonné à la justification par l'assuré social d'une occupation salariée ou assimilée pendant une certaine durée. Une telle restriction n'existe pas en matière d'accidents du travail, l'article 251 se suffisant à lui-même : la simple relation de travail est une condition d'ouverture du droit à la réparation du risque professionnel.

En revanche, en matière d'assurance chômage, le droit n'est ouvert qu'au profit de personnes ayant la qualité de salariés, c'est-à-dire liées par un contrat de travail à une entreprise industrielle ou commerciale, ce qui exclut les apprentis et les dirigeants-associés des sociétés, ceux-ci étant liés par un contrat de mandat (art. I et 2 du règlement). Le caractère plus restrictif du risque chômage s'explique par l'origine conventionnelle du régime : il s'agit d'une véritable loi professionnelle qui se rapproche des premières lois d'assurances sociales ou d'accidents du travail, lesquelles n'étaient également réservées qu'aux salariés (loi du 30 avril 1930) et aux « ouvriers et employés des entreprises industrielles » (loi du 9 avril 1898). Il est permis de penser que si l'assurance chômage avait été prise en charge et gérée non par la profession mais, comme il eût été souhaitable, par une institution collective comme la Sécurité sociale, les principes qui sont à la base de la détermination des personnes protégées auraient été identiques.

Dans une de ses dispositions, la loi du 30 octobre 1946 (art. 2 al. 2), élargie par la loi du 23 juillet 1957, assimile à l'accident du travail, l'accident du trajet et, à ce propos, la jurisprudence a eu à résoudre la question de la situation juridique du salarié pendant le trajet. Une

certaine doctrine (2) considère qu'il s'agit d'un nouveau cas spécial d'assujettissement, entièrement étranger à la notion traditionnelle du lien de dépendance entre l'employeur et son salarié. La jurisprudence de la Cour de Cassation ne fait pas sienne cette thèse ; dans une série d'arrêts, elle estime que la réparation de l'accident survenant au cours du trajet a pour fondement l'extension même en dehors du temps et du lieu de travail, « du lien de dépendance unissant la victime à l'employeur en vertu de l'art. 2 alinéa 2 de la loi du 30 octobre 1946 » (3). Selon la formule de la Cour de Cassation, dans son arrêt Chambre sociale du 12 décembre 1957 (4), le trajet a « pour cause un travail venant de s'accomplir ou devant s'accomplir », de sorte que les effets du contrat qui lie les deux parties se prolongent au-delà de la prestation de travail elle-même, dont l'exécution nécessite le transport du travailleur de sa résidence à son lieu de travail, et réciproquement.

Ainsi, tout en faisant de l'accomplissement de la prestation de travail le fait générateur du salaire social, le droit moderne se montre très libéral quant aux conditions définissant l'existence ou non d'une durée de travail suffisante. Toute référence à celle-ci disparaît en matière d'accident du travail, la simple relation de travail étant en elle-même créatrice de droit. Les restrictions apparaissent plus importantes lorsqu'on examine,

- d'une part, les règles portant extinction des droits des assujettis,
- d'autre part, les dispositions relatives aux personnes bénéficiaires de droits dérivés.

1) Le décret du 20 mai 1955, introduit un article 80 *quater* dans l'ordonnance du 19 octobre 1945 (art. L. 253 du Code de la Sécurité sociale) ayant pour effet l'extinction du droit aux prestations dans diverses hypothèses :

- « à l'expiration du délai d'un mois suivant la date à laquelle l'assuré cesse de remplir les conditions d'assujettissement à l'assurance obligatoire ».
- « en matière de pension d'invalidité, les arrérages sont supprimés au terme du trimestre au cours duquel le bénéficiaire exerce une activité professionnelle non salariée ».

Peut-on définir le sens de ces dispositions ? Une circulaire interprétative de la F.N.O.S.S. du 17 août 1955 précise que la qualité d'assujetti obligatoire résulte exclusivement de l'une des trois situations suivantes : salarié en activité, chômeur indemnisé ou inscrit comme demandeur d'emploi, salarié pris en charge par l'institution d'assurance. Cette position est toutefois aménagée, vu son aspect trop restrictif, par la circulaire ministérielle 44 SS du 18 avril 1956.

(2) « Situation juridique du salarié au cours du trajet pour se rendre au travail ou en revenant ». Gauguier J.C.P. 1951 I 952.

(3) Cass. Soc. 18 oct. 1951 — J.C.P. 1952 — II 6951 1^{er} esp.

(4) Cass. Soc. 12 déc. 1957 — J.C.P. 1958 — II 10529 1^{er} esp.

Cette interprétation témoigne bien des intentions du législateur en 1955 : le champ d'application de l'assurance obligatoire est limité aux véritables salariés ; l'on veut écarter de l'ouverture du droit aux prestations ceux qui, occasionnellement, seraient enclins à acquérir la qualité d'assuré social dans le but de bénéficier en fraude de la protection sociale. Le décret du 20 mai 1955 apparaît comme un texte d'auto-défense dont l'objet est de « refermer la porte d'entrée » dans l'assurance et d'empêcher que l'institution, qui n'est pas généralisée à toute la population, ne soit amenée à supporter des « mauvais risques ». Il rend plus hermétique la frontière qui sépare les vrais salariés des travailleurs non dépendants ou « clandestins ». L'esprit des promoteurs du fameux article 80 *quater* est de ne le rendre applicable qu'à l'assuré dont le statut social se modifie ; en d'autres termes, sans attacher toutefois à l'idée un aspect purement juridique, la règle joue dans les cas de rupture du contrat de travail sans que la situation du salarié soit remplacée par aucune autre, considérée comme équivalente. L'assuré « exclu » de l'institution ne peut s'ouvrir de nouveaux droits que par la reprise d'un travail salarié. Il en est ainsi, notamment, pour l'invalidé qui exerce une activité professionnelle non salariée.

Sur ce point d'ailleurs, la jurisprudence est très divisée. Certaines juridictions estiment que le pensionné reste titulaire de sa pension et que la modification de son statut social a pour effet la suspension des arrérages (5). D'autres, au contraire, donnent à cette modification une portée plus étendue : la suppression pure et simple du titre de pension (6).

2) Le domaine limité de l'assurance obligatoire s'affirme également quant aux personnes bénéficiaires de « droits dérivés ». L'expression a ici un sens très large et englobe aussi bien ceux que l'on appelle communément les « ayants-droit », que les titulaires de droits de survie.

Les ayants droit ne peuvent avoir plus de droits que leur auteur, dont ils empruntent le statut juridique. Aucun problème ne se pose en assurance maladie ou maternité, où la loi définit les personnes jouissant de droits dérivés : conjoint, descendants et ascendants. En revanche, en matière d'assurance vieillesse, ne peut-on soutenir que, dans ses modalités pratiques d'application, l'allocation aux mères de famille (loi du 22 mai 1946) est conçue actuellement comme un véritable droit dérivé institué au profit de l'épouse de l'assuré ? L'intérêt théorique du problème n'est pas douteux, car on a coutume de considérer cette allocation comme un droit propre de la mère de famille, en contrepartie d'une activité socialement utile exercée au profit de la collectivité. Si l'on tient compte de ce fondement juridique, l'allocation devrait être servie à toutes les mères de famille ayant eu ou élevé cinq enfants. Mais la loi du 22 mai 1946 et les décrets subséquents confèrent à l'allocation, quant à ses conditions d'octroi et quant aux règles de cumul, la nature d'un véritable droit dérivé.

(5) Douai, 13 janv. 1960 — J.C.P. 1960 — II 11521.

(6) Cour de Riom, 10 juillet 1959.

a) D'abord, le droit à l'allocation ne sort à effet, qu'au profit des conjointes ou veuves de salariés ; la loi du 2 août 1949 en étend le bénéfice aux femmes de salariés se trouvant divorcées, séparées, abandonnées par leur conjoint, ou dont le conjoint salarié est disparu. L'allocation est donc réservée aux femmes dont le mari est salarié à la date de la demande, ou à la date du jugement de divorce ou de séparation de corps ou de fait, ou encore à la date du décès ou de la disparition ; le droit de l'épouse a sa cause dans le statut juridique du mari, lequel doit avoir eu comme dernière activité professionnelle une activité salariée lui ayant procuré, aux termes de l'arrêté du 1^{er} mars 1950, une rémunération normale au cours des trois mois précédent celui au cours duquel est intervenue la cessation de travail.

La preuve de cette activité professionnelle salariée du mari peut résulter simplement de l'attribution à celui-ci d'un titre de pension des assurances sociales, ou simplement de l'attribution de l'allocation aux vieux travailleurs salariés. Cependant, la jurisprudence interprète d'une façon très restrictive cette condition. Dans un arrêt du 8 janvier 1960, la Chambre Civile de la Cour de Cassation (7) estime que la veuve ne peut prétendre au bénéfice de l'allocation lorsque le mari, bien que titulaire lors de son décès de l'allocation aux vieux travailleurs salariés, n'a pas eu *pour dernière activité professionnelle* une activité salariée.

De même, elle refuse ce droit à une femme célibataire, mère de cinq enfants naturels (8). Le droit de la mère reste donc subordonné à celui d'un tiers, le conjoint. C'est le droit de celui-ci qui donne force et vie au droit de la mère.

b) Cette idée de droit dérivé est ensuite confirmée par les règles de cumul. L'allocation de la loi du 22 mai 1946 ne peut se cumuler avec les avantages dont la mère de famille est appelée à bénéficier, soit à titre personnel, soit à titre d'ayant droit : pensions de veuve et pensions de reversion (art. 75 et 76 de l'Ordonnance du 19 octobre 1945), secours viager prévu par la législation sur l'allocation aux vieux travailleurs salariés. Le décret du 29 novembre 1954 (9) étend la règle de non cumul à l'allocation de vieillesse des non salariés instituée par la loi du 17 janvier 1948. Seul l'avantage dont le montant est le plus élevé doit être servi, selon l'art. 5 § 2 de l'arrêté du 1^{er} mars 1950 : le Conseil d'Etat, dans un avis du 4 novembre 1948 (10), se prononce en ce sens, à propos d'une pension de reversion d'un montant supérieur, servie au titre de l'assurance sociale obligatoire agricole.

L'absence de possibilité de cumul traduit que l'allocation des mères de famille n'est pas un droit acquis, mais un avantage consenti en l'absence de tout autre droit de jouissance équivalent.

Ce caractère restrictif de l'assurance obligatoire, réservée aux seuls

(7) J.C.P. 1960 IV — Ed. G. 26, Vve Ribolle.

(8) Cass. Civ. 7 mars 1956 — Dlle Piette, J.C.P. 1956 IV, Ed. G 58, Dt Social. 1956, 386.

(9) J.C.P. 1954 III 19369.

(10) Cir. Minis. 208 S.S. du 2 déc. 1958.

travailleurs dépendants, est témoigné aussi par les conditions d'octroi de l'Allocation aux Vieux Travailleurs Salariés, dont le bénéfice n'est ouvert qu'au profit des personnes justifiant d'une certaine durée de travail salarié ou assimilé, celui-ci « ayant constitué la dernière activité professionnelle » (art. L 615 et L 616 du Code de la S.S.). L'accomplissement de la prestation de travail pendant un certain nombre d'années est suffisant, l'art. L 620 n'exigeant du requérant, comme moyen de preuve, que « la production d'un certificat de son employeur » pour la période antérieure au 1^{er} janvier 1945 sans avoir à rechercher si des cotisations ont ou non été versées. On observe, cependant, que le champ d'application de l'assurance volontaire, malgré le caractère facultatif et non obligatoire de celle-ci est limité au groupe des anciens salariés. Dans cette mesure, l'institution est conçue comme un prolongement de l'assurance obligatoire.

SECTION II

L'ASSURANCE VOLONTAIRE, PROLONGEMENT DE L'ASSURANCE OBLIGATOIRE

L'art. L 244 du Code de la Sécurité sociale accorde la faculté de s'assurer volontairement à deux catégories de personnes : d'abord, à celles qui ayant la qualité d'assurés obligatoires, perdent ce statut ; ensuite, aux membres de la famille de l'employeur qui travaillent dans l'exploitation de celui-ci, sans recevoir de rémunération.

Ce principe général comporte néanmoins quelques dérogations : la loi du 31 juillet 1959, ajoutant un deuxième alinéa à l'art. 244, octroie la même faculté aux travailleurs salariés ou *assimilés* de nationalité française, résidant au Maroc ou en Tunisie, mais exclusivement pour le risque vieillesse. Le texte de cet alinéa est modifié par la loi du 22 décembre 1961 ; désormais, le domaine d'application de l'assurance volontaire s'étend à tous les salariés français résidant ou ayant résidé dans les territoires d'Outre-Mer et les Etats placés antérieurement sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France. En outre, la loi du 6 juillet 1956 crée une nouvelle catégorie d'assurés volontaires : nonobstant toutes les dispositions législatives ou réglementaires contraires, les chauffeurs de taxis non salariés peuvent bénéficier de l'assurance facultative pour tous les risques.

L'assurance volontaire, créée dans le cadre du système général de la sécurité sociale, apparaît donc, contrairement à ce que l'on pourrait supposer, non comme une assurance « complémentaire » mais comme une institution de « substitution ». Exception faite des catégories particulières qui viennent d'être énumérées (membres de la famille, travailleurs français des territoires d'Outre-Mer, Chauffeurs de taxis), pour lesquelles la qualité d'ancien assuré obligatoire n'est pas exigée pour pouvoir bénéficier des dispositions de l'art. L 244, en règle générale,

l'assurance volontaire prolonge l'assurance obligatoire dans la mesure où elle n'est ouverte qu'aux anciens assurés obligatoires ou bien encore à certains salariés résidant hors de la Métropole. D'ailleurs, pour ceux-ci, seul le risque vieillesse est susceptible d'être couvert.

Quoique d'une façon moins apparente, la prestation de travail demeure en cette matière l'élément déterminant de l'affiliation et, partant, de l'ouverture du droit aux prestations. Tel est l'esprit de l'institution qui se caractérise par deux traits essentiels : le statisme de son domaine d'application et son absence d'autonomie par rapport à l'assurance obligatoire.

A. — LE STATISME DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ASSURANCE VOLONTAIRE.

L'extension du champ d'application de l'institution ne s'est réalisée qu'au profit de certaines catégories de bénéficiaires, les ayants droit de l'assuré social lui-même. En effet, par des interprétations extensives, l'administration avait confirmé la possibilité, pour les organismes de Sécurité sociale, d'admettre à l'assurance volontaire « des personnes qui, sans avoir à proprement parler la qualité d'assuré social, pouvaient justifier qu'elles avaient participé à l'assurance obligatoire du chef de famille » (11) : par ce truchement, l'assujettissement à l'assurance volontaire était reconnu à la veuve non salariée d'un assuré social (12) et aux jeunes gens qui poursuivent leurs études secondaires au-delà de 20 ans, dans un établissement n'ouvrant pas droit au régime des étudiants, à la condition qu'ils aient été ayants droit d'assurés sociaux (13).

Le décret n° 62.1246 du 20 octobre 1962, en modifiant les articles 98 à 105 du décret n° 45.0179 du 29 décembre 1945 relatif à l'assurance volontaire, légalise la pratique des caisses et les décisions prises dans ce domaine par le Ministre du Travail. Les nouvelles dispositions classent parmi les personnes susceptibles de bénéficier de l'assurance volontaire :

- d'une part, les anciens assurés obligatoires qui cessent de remplir les conditions d'assujettissement, soit au Régime général des assurances sociales non agricoles, soit à l'un des régimes spéciaux visés à l'art. 3 du Code de la Sécurité sociale, soit enfin au régime des étudiants. Cette règle n'est que l'application pure et simple du principe exprimé par l'alinéa 1^{er} de l'article L 244 du Code de la Sécurité sociale : elle confirme que l'admission au bénéfice de l'assurance volontaire est réservée aux seuls assurés sociaux relevant précédemment d'un régime obligatoire, visé par le Code de la Sécurité sociale, ou admis au bénéfice de tout ou partie des prestations visées au livre III du Code de la Sécurité sociale (rapatriés, invalides de guerre ou assimilés, fonctionnaires ou militaires). La définition de l'assuré obligatoire

(11) Circ. n° 1 S.S. du 2 janv. 1963 relative au décret du 20 octobre 1962.

(12) Lettre minist. du 19 oct. 1951 — Bull. Jurid. 44 — 1951.

(13) Lettre minist. du 13 juin 1956 — Bull. Jurid. 3 — 1958.

est considérablement élargie et déborde la notion d'assuré social du régime dit général.

- d'autre part, et en revanche, la même faculté est reconnue au conjoint survivant ou, à défaut aux enfants d'un assuré obligatoire décédé lorsque ceux-ci étaient susceptibles de bénéficier des prestations en nature des assurances sociales du chef du de-cujus. La création de cette nouvelle catégorie d'assurés volontaires annonce-t-elle une évolution vers une extension progressive du champ d'application de l'institution ?

On peut être tenté de le penser. En vérité, il n'en est rien. On peut même dire que sur ce point l'assurance volontaire affirme ce caractère fondamental d'être le prolongement de l'assurance obligatoire. Les effets juridiques de celle-ci ne cessent pas avec la disparition de l'assuré social : les ayants droit de l'assuré obligatoire conservent cette qualité, après la mort du titulaire du droit, s'ils contractent une assurance volontaire. On observe ainsi un curieux phénomène de survie des droits de l'assuré social décédé : la qualité d'assuré volontaire dont peuvent se prévaloir le conjoint ou les enfants reste juridiquement attachée à la qualité d'ayants droit. Ceci résulte des termes mêmes de la circulaire n° I S.S. du 2 janvier 1963, relative à l'application du décret du 20 octobre 1962, qui précise la portée et l'étendue des nouvelles dispositions à l'égard du conjoint survivant ou des orphelins.

- d'abord la qualité d'ayants droit du conjoint survivant doit être préexistante. Sera donc exclu de l'assurance volontaire « le conjoint qui, du vivant de l'assuré, ne pouvait prétendre à des droits dérivés, par suite des circonstances énumérées à l'art. L 285 1° du Code de la Sécurité sociale » ; autrement dit, le conjoint exerçant au moment du décès une profession artisanale, commerciale ou libérale.
- ensuite, et en contrepartie, les orphelins ne peuvent solliciter le bénéfice de l'assurance volontaire, à titre personnel, que si le conjoint survivant en est lui-même exclu. Dans cette hypothèse, la qualité d'assuré volontaire ne leur est pas définitivement acquise ; la circulaire précise qu'elle est limitée à la période pendant laquelle ils remplissent les conditions requises pour prétendre, sous le régime obligatoire, à la qualité d'ayants droit. Au sens de l'art. L. 285 2° du Code de la Sécurité sociale, la qualité d'assuré volontaire s'éteint donc avec la qualité d'ayants droit : elle découle, non d'un droit propre à l'enfant, mais d'un droit dérivé. Le texte du décret du 20 octobre 1962 ne prévoit qu'une seule exception en faveur des enfants qui poursuivent leurs études au-delà de 20 ans, dans la mesure où ils ne relèvent pas du régime des étudiants. Il s'agit là d'une exception à portée générale visant tous les enfants d'un assuré social obligatoire, même du vivant de celui-ci. La notion d'ayant droit définie au 2° *in fine* de l'art. L. 285 du Code de la Sécurité sociale est élargie dans le cadre de l'assurance volontaire, mais elle cesse de produire des effets au-delà de la dernière année de scolarité.

La sphère d'application de l'assurance volontaire est ainsi étroi-

tement limitée aux ayants droit de l'ancien assuré obligatoire. Par ce trait, l'institution se révèle déjà dépendante de l'assurance obligatoire.

B. — L'ABSENCE D'AUTONOMIE DE L'ASSURANCE VOLONTAIRE.

Dans la conception présente, l'assurance volontaire fait figure d'institution dont le fonctionnement se rattache à celui de l'assurance obligatoire. Cette solidarité juridique qui unit les deux formes de protection sociale s'exprime dans les règles actuelles qui gouvernent l'assurance volontaire. Cette absence d'autonomie fait-elle réellement obstacle à un élargissement de l'institution ? C'est ce qu'il conviendra en second lieu d'examiner.

1) *Les règles actuelles de l'assurance volontaire.*

Les règles qui commandent les conditions d'affiliation à l'assurance volontaire et le mode de calcul des cotisations témoignent que l'institution n'est pas autonome par rapport à l'assurance obligatoire.

a) *L'entrée dans l'assurance volontaire* n'est permise aux anciens assurés obligatoires ou à leurs ayants droit que sous réserve de l'existence de deux conditions complémentaires confirmant le domaine restreint de l'assurance volontaire. Il faut justifier de la possession de la qualité d'assuré social obligatoire, soit à titre personnel, soit à titre d'ayant droit, depuis au moins six mois, ce qui a pour effet d'exclure les ressortissants « occasionnels » de la Sécurité sociale. Sous peine de forclusion (14), la demande d'admission à l'assurance volontaire doit être formulée dans le délai de six mois qui suit, soit la perte du statut juridique de salarié, soit le décès de l'assuré obligatoire pour les ayants droit. Il s'agit là d'une modalité qui vise à faire, de l'assurance volontaire, un substitut immédiat de l'assurance obligatoire. On estime qu'au-delà d'un certain délai, cette substitution n'est plus possible car le temps efface la « possession d'état » d'assuré social ; l'assuré volontaire est conçu comme un assuré obligatoire, dont la condition juridique se perpétue par un acte de volonté unilatérale émanant de l'intéressé. Mais il doit manifester sa déclaration d'intention dans un délai assez bref. Ne faut-il pas voir là une manifestation de l'idée que la persistance ou la survie d'un statut juridique ne saurait se prolonger indéfiniment, afin d'éviter toutes diffusions entre des groupes sociaux soumis à des régimes juridiques différents dans le domaine de la protection sociale.

L'assurance sociale volontaire prolonge l'assurance obligatoire, elle n'est pas une institution de « remplacement ». Cette opinion se vérifie à propos du calcul des cotisations.

b) *Les cotisations de l'assurance volontaire* ne présentent, quant

(14) Commission Régionale de Paris 15 mai 1956 — J.C.P. 1956 III 9689 — Cass. Civ. II — 30 octobre 1958, Dame Bonnafons, J.C.P. 1958 IV Ed. G. 171 — Bull. Civ. II, p. 447, n° 678 ; en sens contraire, Commission de 1^{re} instance S.S. Lyon, 15 oct. 1957 (inédit).

au fond, aucun particularisme par rapport aux cotisations de l'assurance obligatoire. Les assurés sociaux volontaires sont répartis en quatre catégories, compte tenu du salaire fictif qui leur est attribué, et correspondant, en principe, à la rémunération professionnelle antérieure, ou à défaut à la rémunération la moins élevée ; mais le décret du 20 octobre 1962 autorise le changement périodique de classe de cotisations en fonction des variations du revenu réel des intéressés. Sur ce salaire fictif, on fait application des pourcentages de cotisations en vigueur pour les salariés ; il en résulte que toute augmentation de taux de celles-ci se répercute sur le montant des cotisations d'assurance volontaire. Ainsi, lorsque l'assuré volontaire demande à s'affilier pour l'ensemble des risques, il acquitte la totalité des « cotisations patronales et ouvrières » sur ses revenus professionnels.

Il joue à la fois le rôle de salarié et d'employeur : il est son propre assureur à travers l'institution de sécurité sociale. Observons, toutefois, qu'il jouit d'un avantage : celui de choisir le ou les risques pour lesquels il désire se couvrir. D'où il s'ensuit que l'assurance volontaire présente l'inconvénient de la technique de l'assurance privée : elle tend à regrouper en son sein les mauvais risques. Les conséquences en sont atténuées en raison du fait que, sur le plan de la gestion des risques, assurance volontaire et assurance obligatoire ne sont pas dissociées et fonctionnent comme simples services du système général de la Sécurité sociale.

Cette fusion explique peut-être la profonde parenté qui relie les deux institutions et par là même le contenu statique et non dynamique des textes qui régissent l'assurance volontaire. En concevant celle-ci comme un prolongement de l'assurance obligatoire, le législateur a peut-être négligé, dans l'arsenal juridique, un procédé technique qui aurait permis de réaliser par paliers, une généralisation de l'assurance obligatoire à tous les éléments de la population.

II) *Les perspectives d'avenir de l'assurance volontaire.*

L'histoire des techniques de protection sociale témoigne toujours de l'existence de deux périodes distinctes : celle du volontariat, puis celle de l'obligation qui vient souvent tout simplement concrétiser l'état de choses existant.

Il en est ainsi parce que les lois sociales, même lorsqu'elles respectent le principe de généralité de la loi, dérogent en fait à la notion d'égalité formelle pour imposer aux uns des obligations ayant pour contrepartie l'octroi, à d'autres, de certains droits ou avantages.

Dès lors, « la loi peut heurter des consciences ou des intérêts » (15). M. Ripert le souligne : « Pour qu'une loi vive, il faut qu'elle soit reçue dans le milieu juridique, que, par assentiment ou par crainte, la règle édictée soit appliquée par les intéressés » (15 bis). Pour ne pas heurter de front les oppositions, avant l'institution d'un régime légal

(15) (15 bis) Ripert — *op. cit.* p. 396.

obligatoire qui soulèverait une résistance des intéressés, la mise en place d'un système d'assurance volontaire, ouvert aux éléments non salariés de la population les plus dignes d'intérêt, dont la condition sociale est proche de celle des salariés, aurait été éminemment souhaitable.

N'est-ce pas, au fond, ce qu'avait prévu la loi du 30 avril 1930 ? Par son art. 37, celle-ci instituait une assurance facultative ouverte notamment aux travailleurs non salariés dont le revenu professionnel annuel n'excédait pas les chiffres limites d'assujettissement. En outre, l'art. 40 prévoyait une assurance spéciale en faveur des femmes non salariées, des assurés obligatoires ou facultatifs et des veuves d'anciens combattants non remariées. Ces dispositions, partiellement supprimées par le décret loi du 28 octobre 1935, lequel cantonne l'assurance facultative aux femmes non salariées d'assurés obligatoires, disparurent avec l'ordonnance du 19 octobre 1945. Faut-il approuver la conception actuelle de l'assurance sociale volontaire ou regretter son évolution dans un cadre plus restrictif ? Peu enclins, à l'origine, à accepter leur intégration, même librement consentie, dans un système de protection sociale, les travailleurs non salariés tenaient à conserver cette condition sociale distincte qui faisait d'eux un groupe bien particulariste, bien autonome, par rapport aux travailleurs dépendants. Ils pensaient pouvoir assurer leur sécurité du lendemain par eux-mêmes par leur propre effort, sans aide de la collectivité (16).

L'évolution des faits économiques et sociaux bouleverse en vérité toutes ces données. Les classes moyennes aspirent à bénéficier des mêmes avantages que les salariés, dans le domaine du droit de la Sécurité sociale. Cette prise de conscience de l'infériorité manifeste de leur statut social est la conséquence de leur refus d'intégration dans un système de protection sociale généralisé. L'expérience leur enseigne qu'il ne leur est plus possible d'organiser la garantie contre les risques sociaux comme la maladie, l'accident ou l'invalidité, par un effort de prévoyance strictement individuel. L'esprit de solidarité n'a-t-il pas, dès lors, conquis un nouveau terrain ? Ce qui était rejeté en 1945, par esprit partisan, ne serait-il pas prêt d'être accepté aujourd'hui ? Nombre de commerçants, artisans, petits industriels, dont la condition est voisine de celles des salariés, souhaitent jouir du même statut social. M. Paul Durand pose la question : « Les travailleurs indépendants resteront-ils indéfiniment exclus de la législation sociale contemporaine ? Le phénomène de généralisation ne s'étendra-t-il pas, hors de la Sécurité sociale, au Droit du Travail ? ». « Il est significatif que, pour la première fois sans doute dans notre histoire sociale, a été proposé récemment à l'Assemblée Nationale, l'extension aux paysans, aux commerçants et aux artisans des congés payés financés par une taxe sur les produits agricoles importés ». Et il

(16) M. Getting souligne le peu de succès de l'assurance facultative auprès des travailleurs indépendants. Dans l'agriculture où des avantages plus importants avaient été faits par l'Etat, le nombre des assurés facultatifs a été un peu plus élevé, mais n'a pourtant représenté qu'une proportion infime de la population agricole, à peu près 1 %. (Voir A. Getting, *Séc. Soc.* 1948, p. 29).

ajoute : « Pourquoi les non salariés n'auraient-ils pas droit, eux aussi, à la sollicitude des pouvoirs publics ? » (17).

Ainsi, de puissantes forces agissent, en vue de rendre au milieu juridique son homogénéité. La voie vers la généralisation de l'assurance sociale à tous les éléments de la population ne pourrait-elle pas être ouverte par la technique d'une assurance volontaire, élargie à tous les non salariés, selon l'esprit de la loi du 30 avril 1930 : réservée d'abord à ceux dont les ressources ne dépassent pas un certain chiffre, son champ d'application serait progressivement étendu à d'autres couches sociales. Ce procédé n'est-il pas un test permettant de jauger, qualitativement et quantitativement, l'ampleur réelle du bouleversement des psychologies et du comportement du groupe social des travailleurs indépendants et employeurs, face au problème de l'assurance et de la prévoyance collective ? Comme jadis, pour la loi des allocations familiales, le volontariat serait le préliminaire de l'extension de l'assurance obligatoire que le législateur n'aurait plus qu'à concrétiser dans la mesure où la force du nombre aurait manifesté son choix. La souplesse du système offrirait l'avantage de faciliter la diffusion des statuts juridiques, d'orienter et diriger, dans le sens désiré par le législateur, les réactions susceptibles de se produire au sein du milieu social.

Par ce « gradualisme », le droit à l'assurance sociale cesse d'être rattaché à la prestation de travail *stricto sensu*. La notion d'activité professionnelle s'affirme comme une condition plus large d'ouverture du droit aux prestations : cette évolution n'est-elle pas déjà consacrée en matière de prestations familiales et d'assurance vieillesse ?

(17) Paul Durand — *L'influence du Droit du Travail et de la Séc. Sociale sur les formes de l'activité professionnelle* — Dt Soc. 1956, p. 146.

CHAPITRE II

LA NOTION D'ACTIVITE PROFESSIONNELLE, CONDITION EXTENSIVE DU DROIT AUX PRESTATIONS

Cette notion d'activité professionnelle ne manque pas de soulever de délicats problèmes quant à sa définition exacte. Elle est à l'origine de discussions doctrinales passionnées, en raison du fait qu'elle « ébranle les assises actuelles du Droit du Travail et du Droit de la Sécurité sociale » (1). Les deux droits semblent évoluer néanmoins dans des sphères différentes après avoir eu une origine commune, et c'est là qu'apparaît toute la puissance d'expansion de la législation de Sécurité sociale : si l'assurance obligatoire et même volontaire reste réservée aux seuls travailleurs dépendants, en revanche, certaines institutions du droit de la Sécurité sociale débordent le cadre étroit du salariat et s'appliquent également aux travailleurs indépendants, donc, en général, à ceux qui exercent une activité professionnelle.

Aussi le professeur Paul Durand se déclare-t-il partisan d'une extension illimitée du champ d'application des lois du travail et souhaite une réunification du droit du travail « en lui donnant pour base, non plus la notion traditionnelle de travail dépendant, mais celle d'activité professionnelle ». Et il ajoute : « puisque les éléments d'un droit de l'activité professionnelle existent déjà, pourquoi ne pas les réunir dans une construction d'ensemble ? La pensée scientifique des cinquantes dernières années a créé le droit du travail, c'est l'édification d'un droit de l'activité professionnelle que nous devons attendre de la deuxième moitié de ce siècle » (2). Il affirme ainsi sa préférence pour une application du Droit moderne du Travail à tous les éléments de la population, indépendamment du groupe social auquel ils appartiennent.

Le problème, à notre avis, n'est susceptible d'une solution qu'à partir d'une remarque de fond : le droit du Travail et le droit de la Sécurité sociale évoluent, dans la structure présente de nos institutions sociales, politiques et économiques, dans des sphères différentes. Sans nier l'affinité et l'interdépendance qui les lient, ce que nous avons à maintes reprises

(1) Voir Brun et Galland, *op. cit.* pp. 183-184. Sur l'expression « Droit Social » réunissant les deux branches du droit du Travail et du droit de la Sécurité sociale, voir : G. Ripert qui souligne « qu'aucun auteur n'a défini son domaine, ni décrit sa méthode » (Les Forces créatrices du Droit, pp. 82, 264 et 265) ; Maxime Leroy, « Histoire des idées sociales en France » II 1950, p. 242 ; Georges Scelle « Le Droit Ouvrier », Paris, Colin, 2^e éd. 1929.

(2) Du Droit du Travail au droit de l'activité professionnelle, *Dt Social* 1952, p. 437.

souligné, il convient de retenir que les deux droits ont leur autonomie propre. Ils font partie d'un même ensemble, le Droit Social, si l'on désigne par cette expression l'ensemble des règles contemporaines dont l'esprit s'oppose à l'individualisme juridique. Mais leur champ d'application n'est pas identique : alors que le droit du travail régit toujours les rapports juridiques entre employeurs et salariés dépendants, le droit de la Sécurité sociale, dans son esprit, n'est plus conçu comme une législation spécifique aux seuls travailleurs subordonnés.

Certes, les textes de la Sécurité sociale prennent déjà en considération la notion d'activité professionnelle ; mais peut-on en tirer argument pour fonder la législation du travail dans un droit de l'activité professionnelle ? Au surplus, la notion d'activité professionnelle n'a pas encore acquis la valeur d'un principe général, car le cercle des personnes protégées s'élargit au-delà du salariat dans deux domaines seulement : celui des prestations familiales et celui de l'assurance vieillesse, c'est-à-dire dans les matières où le mouvement d'extension de la législation sociale s'affirme avec le plus de netteté, par la prise en considération de ce nouveau critère d'ouverture du droit aux prestations qu'est la notion d'activité professionnelle. Remarquons cependant que cette tendance à faire bénéficier du salaire social toute la population active a précédé l'avènement de la Sécurité sociale en matière de prestations familiales, alors qu'elle est une conséquence de l'esprit de la politique moderne de Sécurité sociale en matière d'assurance vieillesse, sans pour autant englober encore, dans un cas comme dans l'autre, la totalité de la population.

SECTION I

L'ACTIVITE PROFESSIONNELLE, BASE DU DROIT AUX PRESTATIONS FAMILIALES

Le décret-loi du 29 juillet 1939 est le premier texte à avoir posé le principe de l'extension des prestations familiales à toute la population. Les promoteurs de la réforme n'ont-ils pas profondément marqué le sens des nouvelles dispositions en les incluant dans un ensemble intitulé « Code de la Famille », réunissant tous les textes intéressant la vie de la famille, non seulement en ce qui concerne les allocations familiales, mais en matière d'adoption, de droit fiscal, de protection prénatale, de droit successoral (3) ?

Cependant, tout en affirmant à l'arrière plan l'existence d'un droit aux prestations ouvert à toutes les familles, l'art. 10 du Code de la Famille marque une réserve :

« Peuvent prétendre au bénéfice des allocations familiales, les salariés, quelles que soient la profession et la qualité de l'employeur qui les

(3) G. Desmottes « Le renouveau familial dans les institutions ». Dans « Le renouveau des idées sur la famille », p. 177.

occupe, les fonctionnaires et agents des services publics, les employeurs et travailleurs indépendants des professions industrielles, commerciales, libérales et agricoles, les métayers, ainsi que *tous ceux qui tirent d'une activité professionnelle leurs principaux moyens d'existence.* »

Empruntant ainsi l'institution créée par la loi de 1932 en faveur des seuls salariés, le décret-loi du 29 juillet 1939 l'applique, presque sans modification, à *toute la population active*, mais à elle seule exclusivement. Les allocations familiales ne sont pas « une sorte de contribution nationale au bénéfice de la famille, attribuée à tout chef de famille indépendamment de toute considération professionnelle » (4).

Le travail reste donc leur cause première, c'est lui qui les fait naître. Elles sont refusées à ceux qui ne relèvent d'aucune profession. Par là se manifeste la survivance de la conception classique de « sursalaire familial » qui n'a pas encore entièrement disparu et qui se traduit par ce fait : le droit aux allocations familiales a pour fondement le travail du chef de famille. Certes, la législation postérieure au Code de la famille (mais antérieure à la loi du 22 août 1946) a apporté de multiples exceptions à ce principe. Le bénéfice des allocations familiales est maintenu, en l'absence de tout travail, à celui qui, momentanément ou définitivement, est hors d'état de travailler pour des raisons indépendantes de sa volonté ; c'est le cas des accidentés du travail, déjà prévu par la loi de 1932, et étendu par le Code de la Famille aux cas d'incapacité permanente partielle, des chômeurs (5), des assurés sociaux bénéficiaires des prestations de maladie, maternité (6) ou d'invalidité (7), des titulaires de l'Allocation aux Vieux Travailleurs Salariés de la loi du 14 mars 1941, d'une pension de vieillesse des assurances sociales, aux veuves d'allocataires quelle que soit la cause du décès (8).

Est-ce à dire que, dans toutes ces hypothèses, le droit aux prestations familiales, bien qu'ouvert à des membres « inactifs » de la population sans contrepartie de travail, ne trouve plus son origine et sa justification dans un travail présent ? Faut-il en conclure que ces exceptions consacrent une rupture totale avec la notion professionnelle et qu'elles dérogent au principe général affirmé par le décret loi du 29 juillet 1939 ? La doctrine, analysant la conception des prestations familiales sous l'empire du Code de la Famille, semble rejeter une telle idée ; M. François Villey, dans son ouvrage « Le Complément familial du salaire » examinant l'évolution législative, constate que les prestations familiales perdent leur caractère originaire de complément du salaire mais ont toujours incontestablement leur cause dans le travail envisagé, non seulement dans l'activité professionnelle actuelle du chef de famille, mais dans son activité professionnelle antérieure.

(4) F. Villey, le complément familial du salaire, p. 114.

(5) Loi du 11 oct. 1940 validée par l'Ordon. du 3 juil. 1944 pour le chômage total et loi du 18 nov. 1940 modifiant l'art. 20 du Code de la Famille pour le chômage partiel.

(6) Loi du 15 févr. 1941. Par circ. ministér. 79 P. 8 du 29 mai 1941, l'application de la loi a été étendue par analogie aux salariés non assujettis à la législ. des Ass. soc. en raison du montant de leur rémunération.

(7 et 8) Loi du 9 sept. 1942.

Le droit positif issu de la loi du 22 août 1946 apporte-t-il un bouleversement radical à ce principe général posé par le Code de la famille ? Il ne le semble pas puisqu'il affirme toujours la nécessité d'une activité professionnelle, soit présente, soit passée.

A. — LA NÉCESSITÉ D'UNE ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE PRÉSENTE.

Cette règle fondamentale est formulée négativement par l'art. 2 de la loi du 22 août 1946, qui prévoit que « ne peuvent prétendre aux prestations familiales, autres que les primes de maternité, les personnes autres que les veuves d'allocataires n'exerçant aucune activité professionnelle... »

Nous examinerons plus loin certaines dérogations prévues par le texte mais observons, d'ores et déjà, que la loi de 1946 n'exigeait pas la condition d'activité professionnelle pour l'octroi de l'allocation maternité, en raison de son but nataliste. En revanche, la loi du 31 décembre 1953, en modifiant la nature juridique des allocations prénatales, qui sont d'ailleurs une innovation de la loi du 22 août 1946, en fait désormais une sorte de complément anticipé de l'allocation de maternité, en la soumettant aux mêmes conditions que celles-ci. Jusqu'alors les allocations prénatales suivaient le régime des autres prestations : les dispositions relatives à leur calcul et à leurs conditions d'octroi, découlant de la loi de 1946 et des textes d'application, conféraient à cette prestation « spécialisée » la nature d'un versement anticipé des allocations familiales et de salaire unique, l'enfant conçu étant considéré à cet effet comme s'il était né.

C'est au fond une application dans le domaine de la législation de Sécurité sociale de l'idée que la personnalité est préexistante à la naissance, conséquence implicite de la maxime générale selon laquelle l'enfant conçu est déjà apte à être sujet de droit : « infans conceptus pro nato habetur... » l'art. L. 513 du Code de la Sécurité sociale qui reproduit l'art. 2 de la loi du 22 août 1946 tient compte de cette transformation :

« Ne peuvent prétendre aux allocations familiales, autres que les allocations de maternité et les allocations prénatales, les personnes... » Ces deux catégories de prestations font donc exception au principe général : l'exercice d'une activité professionnelle n'est pas requis comme condition d'ouverture de leur octroi. Remarquons toutefois, à ce propos, qu'elles se distinguent des autres prestations, leur création procédant d'un souci de politique démographique autant que d'un souci de compensation. Par leur caractère exceptionnel et non permanent, elles s'apparentent à des mesures d'assistance et d'opportunité mises en place en vue d'un objectif déterminé, et appelées, ainsi que l'évolution de l'institution l'annonce déjà, à s'amenuiser et peut-être à disparaître (9) en fonction de l'affaiblissement des impératifs natalistes.

(9) Le taux de l'allocation maternité a été réduit par le décret du 31 déc. 1954 qui a maintenu une distinction entre la 1^{re} naissance et les naissances suivantes. Le décret du 30 déc. 1961 a établi un taux uniforme quel que soit le rang de la naissance.

Ceci limite donc la portée de l'exception qui n'altère que partiellement la règle générale à laquelle sont soumises les autres prestations : le fait générateur de la prestation familiale reste le travail « présent », au sens large du mot, salarié ou non (10). Pourquoi ne pas y voir « la trace des racines profondes que l'institution des Allocations familiales plonge au cœur même du milieu professionnel où elle est née » (11) ?

Ce qui infirme assez paradoxalement l'exposé des motifs de la loi du 22 août 1946 où le législateur exprime les mobiles qui l'ont conduit à imposer cette condition d'ouverture du droit aux prestations familiales (12) : « il a paru aujourd'hui possible de poser le principe de l'attribution des prestations familiales à tous les chefs de famille... »

« Toutefois, il importait d'éviter que quelques parents non scrupuleux vivent dans l'oisiveté sur le produit des prestations familiales que leur valent leurs enfants... »

On retrouve les mêmes considérations dans la circulaire ministérielle n° 112 SS du 3 avril 1947 : « ainsi l'oisiveté ne sera pas un motif suffisant pour permettre à des parents indignes de vivre sans travailler, avec les ressources que leur procuraient les prestations familiales dues au titre de leurs enfants ». M. Jacques Hochard estime également que le lien entre le droit aux prestations familiales et l'activité professionnelle « tenace en fait est tenu en droit. S'il subsiste, ce n'est pas en vertu de considérations juridiques, mais bien plutôt en raison de considérations morales » (13).

Certes, les intentions moralisatrices du législateur ne sont pas totalement absentes des dispositions qu'il a édictées mais, en droit comme en fait, il est incontestable que le droit positif consacre la notion d'activité professionnelle comme fondement de l'institution. Il s'écarte ainsi de l'affirmation « du droit de toutes les familles, sans distinction, au bénéfice des prestations familiales » (14).

Une double observation confirme cette appréciation : d'une part, les textes réglementaires portant application de la loi du 22 août 1946 donnent une définition restrictive de l'activité professionnelle ; il en résulte, d'autre part, que la situation des bénéficiaires se révèle moins favorable sous notre droit positif que sous l'empire du décret loi du 29 juillet 1939.

1) *La définition de l'activité professionnelle normale* est donnée par l'art. 1^{er} du R.A.P. du 10 décembre 1946 : « Est considérée comme exerçant une activité professionnelle toute personne qui consacre à cette activité le temps moyen qu'elle requiert et en tire des moyens normaux d'existence ».

Le décret du 21 avril 1948, ajoutant un second alinéa à ce texte, exige pour les salariés une durée minimum de travail de 18 jours dans le mois.

(10) Lyon-Caen. *Manuel Droit du Travail et Séc. Sociale*, p. 379.

(11) F. Villey, *Le Compl. Famil. du Salaire*, p. 17.

(12) F. Lancereau, L'activité professionnelle, base du droit aux prestations familiales. *Dt Ouvrier* 1952, p. 172.

(13) J. Hochard, *Aspects économiques des prest. Famil.*, p. 103.

(14) Il s'agit là d'une déclaration faite par le Ministre du Travail à l'Ass. Nat. Const. lors du vote de la loi. Cf. *J. O. Débats parlementaires* 7 juil. 1946.

Un arrêté du 25 juillet 1950 admet une équivalence de 120 heures. Une partie de la doctrine estime que le décret du 21 avril 1948 ajoute à la loi et se trouve entâché d'illégalité en imposant une condition plus rigoureuse que celle prévue par le législateur qui, dans l'exposé des motifs, demande de l'activité professionnelle des allocataires soit appréciée au cours d'une période assez longue, permettant d'établir si l'intéressé exerce ou non, d'une façon générale, une activité professionnelle normale (15). Cette opinion ne peut être qu'approuvée en raison de deux observations : ces dispositions ne sont pas applicables aux non-salariés, en raison de l'impossibilité pratique de détermination pour cette catégorie d'une durée minimum de travail ; par circulaire, l'Administration est contrainte de prévoir de multiples dérogations en faveur de certains salariés non rémunérés à l'heure ou à la journée (travailleurs à domicile, représentants...) (16).

En fait, la durée minimum de travail ainsi déterminée est un procédé technique commode permettant de préciser la notion de moyens normaux d'existence, deuxième condition d'une activité normale. En effet, la condition de revenu minimum semble être la seule base objective de l'ouverture des droits, un revenu normal étant fonction d'un travail normal (17). Or cette notion essentielle de revenu n'est en revanche définie par aucun texte législatif ou réglementaire. On trouve, tout au plus, une circulaire ministérielle (18) précisant, à titre simplement « indicatif », que ce revenu procurant des moyens d'existence est celui « se rapprochant du salaire servant de base au calcul des prestations familiales dues à la famille dans sa commune de résidence », élément de référence dont la Cour de Cassation reconnaît le bien fondé, dans un arrêt du 14 décembre 1956 (19). Si l'on tient compte de l'absence de force obligatoire des circulaires de l'Administration en général, du caractère non impératif et des termes quelque peu évasifs de cette instruction en particulier, le problème de la définition de la notion d'activité professionnelle demeure non résolu.

Il l'est d'autant moins qu'une circulaire plus récente, en date du 29 août 1957, insérée par arrêté au règlement intérieur des Caisses d'Allocations familiales et ayant de ce fait force obligatoire, implique aux non-salariés la justification d'un revenu minimum annuel de 1.800 F (20). En outre, dans la pratique, les organismes se réfèrent souvent pour les salariés à un revenu mensuel égal à 120 fois le salaire minimum interprofessionnel garanti, référence trop stricte aux termes de la circulaire, et conduisant à refuser le paiement des prestations familiales à des salariés

(15) P. Lancereau, *op. cit.*, p. 173.

(16) Notamment Cir. Minist. 114 S. S. du 2 juil. 1951.

(17) J. Lavallée, La commission départementale des Prestations familiales, *Dt Social* 1952, p. 414.

(18) Circ. Minist. 144 S. S. du 2 juil. 1951, reprenant la circ. 112 S. S. du 3 avril 1947.

(19) *Bulletin Juridique UNCAF* 1956, p. 227.

(20) Porté à 3.000 F. à compter du 1^{er} juillet 1963.

ayant néanmoins travaillé 120 heures ou plus (21). Dernière remarque : l'activité professionnelle s'apprécie mensuellement pour les salariés et annuellement pour les non-salariés, système qui est donc plus rigide pour les premiers que pour les seconds, nouvelle cause de disparité entre les groupes sociaux.

Cette réglementation aboutit ainsi à rendre plus stricte l'ouverture des droits aux prestations : loin de l'atténuer ne renforce-t-elle pas l'origine professionnelle de l'institution ?

II) *L'abandon de la règle « prorata laboris »*. Le Code de la Famille, inspiré de la notion de sursalaire familial, consacrait le principe que les allocations sont versées au prorata du travail effectivement fourni. Le travailleur qui, de son plein gré, avait une activité inférieure à la normale, pouvait prétendre à des allocations partielles calculées proportionnellement au nombre de journées de travail fournies au cours du mois. Les règles issues de la loi du 22 août 1946 manifestent l'abandon de cette conception plus souple et adoptent une optique différente, celle du « tout ou rien ». Si l'activité est suffisante, le travailleur bénéficie de plein droit des prestations. Dans le cas contraire, au terme du 3^e alinéa de l'art. 1^{er} du règlement d'administration publique du 10 décembre 1946 modifié, « le refus ou le retrait des prestations aura effet pendant le nombre de mois égal à celui pendant lequel l'insuffisance de travail aura été constatée ».

Est-ce à dire que cette conception se révèle plus restrictive, moins favorable, que celle adoptée par le décret loi du 29 juillet 1939 ? En vérité, les conditions d'ouverture du droit aux prestations sont plus rigides dans la mesure où la loi exige une activité professionnelle normale, c'est-à-dire continue et conséquente. Mais la loi du 22 août 1946 atténue en revanche cette exigence, en accordant le bénéfice de l'intégralité des prestations à ceux qui font la preuve de l'impossibilité d'exercer une telle activité. Ainsi, négativement ou indirectement, le travail reste le fondement du droit aux prestations : il faut justifier de causes d'inactivité totale ou partielle et cette justification, ainsi que le précise l'art. 3 du décret du 10 décembre 1946, peut-être faite « par tous moyens » et résulter notamment « de l'âge, de l'état de santé ou de l'utilité que présente pour la personne inactive la poursuite d'études en vue d'exercer une profession ». Il en sera de même pour les chômeurs non secourus. En vertu d'un principe de solidarité, le législateur étend le bénéfice des prestations familiales à la population involontairement inactive.

Toutefois, il ne faudrait pas donner à cette dernière expression un sens absolu et faire entrer dans la catégorie qu'elle désigne, toute personne qui n'exerce pas d'activité professionnelle (22). Une restriction s'impose. Certes, en faveur de certaines personnes les textes légaux réglementaires

(21) A Paris, un salarié rémunéré sur la base du SMIG et ayant travaillé 120 h perçoit un salaire mensuel de 225 F 84 inférieur au salaire de base des prestations familiales qui s'établit à 264 F 50 (au 1^{er} juil. 1963).

(22) J. Lavallée, *op. cit.*

instituent une présomption d'inactivité ; néanmoins cette présomption, dans la majorité des cas, ne rattache-t-elle pas toujours le droit aux prestations à l'exercice d'un travail ?

B. — L'EXIGENCE D'UNE ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE PASSÉE.

Le droit positif consacre en cette matière les réalisations existantes, tout en multipliant les hypothèses où les prestations familiales sont maintenues, alors qu'aucun travail actuel et effectif ne leur sert de support. Dépasant les règles posées par l'art. 3 du décret du 10 décembre 1946, cette extension de l'institution à de nouvelles catégories de bénéficiaires a été interprétée comme un signe de la transformation du caractère des prestations familiales en un véritable service public, ouvert à toute la population sans discrimination. Cette optique ne traduit qu'imparfaitement la réalité : les mesures qui font découler de plein droit le bénéfice des prestations d'une présomption d'impossibilité de travailler, si elles paraissent trouver leur justification dans ces considérations sociales, ont encore pour fondement une activité professionnelle non plus présente mais passée.

Pour s'en convaincre, il suffit de noter d'abord que cette présomption d'inactivité est créée par l'effet de la loi, du règlement ou de la jurisprudence administrative. La loi du 22 août 1946 attribue de plein droit les prestations, indépendamment de tout travail, aux femmes seules ayant la charge de deux enfants ou davantage, aux veuves d'allocataires (art. L. 513 du Code de la Sécurité sociale) aux pensionnés de guerre des lois des 31 mars et 24 juin 1919 (art. L. 548 du Code de la Sécurité sociale in fine). L'article 11 de la loi du 2 août 1949, étend le bénéfice de cette présomption aux aveugles et grands infirmes civils. L'art. 4 du R.A.P. du 10 décembre 1946 énumère une autre catégorie de personnes présumées être dans l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle : l'assuré social en congé maladie ou maternité, les victimes d'accidents du travail (incapacité temporaire), les titulaires d'une rente d'accident du travail correspondant à un taux égal ou supérieur à 85 %, les pensionnés d'invalidité des assurances sociales absolument incapables de travailler, les titulaires d'une pension ou allocation vieillesse d'un régime de Sécurité sociale et les chômeurs inscrits à un fonds de chômage.

Le Conseil d'Etat ajoute à cette liste les chefs de famille accomplissant leur service militaire légal, ou rappelés sous les drapeaux, ainsi que les détenus (23).

Quel est l'esprit de l'ensemble de ces dispositions ? Sommes-nous en présence de mesures édictées au gré des circonstances en fonction de situations sociales dignes d'intérêt ? S'il en était ainsi, leur analyse sur le plan de la théorie juridique ne présenterait qu'un intérêt secondaire. En vérité, un examen plus approfondi semble révéler que leur existence peut avoir une double explication sociale et juridique.

(23) Avis du C.E. des 26 juil. 1949 et 8 avr. 1949 (Cir. 144 S.S.).

α) D'abord, un souci d'humanité implique le maintien des prestations familiales, même sans contre-partie de travail lorsque le chef de famille est dans l'impossibilité de travailler pour une raison indépendante de sa volonté. Eu égard au caractère alimentaire des allocations et à leur affectation « dans l'intérêt de l'enfant », si l'absence ou la disparition du revenu professionnel devait entraîner la cessation du paiement des prestations, il en résulterait des conséquences redoutables pour le travailleur et sa famille. Nécessaires pour le travailleur actif étant donné leur nature de « revenus de complément », les allocations familiales deviennent indispensables pour la famille dont le chef est privé de travail. La plupart des législations étrangères faisant application de cette idée que certaines catégories de la population, socialement intéressantes, méritent une protection particulière (24), assurent le service des prestations, notamment en cas de maladie ou accidents du travail, de chômage ou service militaire (Italie, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg, Sarre).

Cette même préoccupation semble inspirer les mesures adoptées par le droit français, qui tendrait ainsi à se rapprocher des systèmes anglo-saxons ou scandinaves qui prévoient l'attribution des allocations familiales à toute la population appartenant à la communauté nationale : l'universalité de versement allant de pair avec l'unité de régime.

Cependant, la législation française, même lorsqu'elle admet l'attribution des prestations à la population dite « inactive » garde son originalité par rapport aux législations applicables dans ces pays, dans la mesure où les droits de la population dite « inactive » continuent à se rattacher à la notion d'activité professionnelle. Sous cet aspect apparaît l'explication juridique des dispositions du droit français. En effet, seule la présomption d'inactivité instituée au profit des femmes seules qui ont la charge d'au moins deux enfants, des invalides et veuves de guerre, des aveugles et infirmes civils, marquent une rupture totale avec la notion professionnelle. L'octroi des prestations à ces catégories n'est attaché à aucune condition professionnelle et découle du simple fait qu'ils sont chefs de famille « ès-qualité » : il suffit simplement de constater l'absence d'une activité professionnelle présente. Ce qui confirme que les allocations familiales ont subi là une évolution complète vers la forme d'institution exclusivement familiale.

β) En revanche, dans les autres hypothèses, on observe que si l'activité professionnelle ne s'exerce plus dans le présent, le maintien du droit aux prestations découle de l'état d'impossibilité d'exercer une activité professionnelle à la suite de la réalisation d'un risque social : le travail fait naître indirectement le droit. C'est ainsi que la présomption ne joue qu'au profit des seuls salariés ou assurés sociaux bénéficiaires des prestations en espèces, c'est-à-dire justifiant d'une activité antérieure à la maladie, à l'accident, à l'invalidité ; seuls les chômeurs secourus répondant à certaines conditions d'exercice d'une profession avant leur mise en chômage, conservent de plein droit le bénéfice des prestations.

(24) R. Lebel, *Les allocations familiales. Etudes internationales. Informations sociales*, février 1954, p. 133.

L'art. 13 de la loi du 22 août 1946 n'assimile-t-il pas l'allocation de chômage à un revenu professionnel pour l'attribution de l'allocation de salaire unique ? Pour l'invalidé du travail, les allocations familiales, pour les mêmes raisons, puisent néanmoins leur justification dans un salaire antérieur dont la rente d'accident du travail constitue en quelque sorte le prolongement. La retraite ou la pension de vieillesse, prolongement du salaire ou du revenu, ont pour cause une activité professionnelle passée. Mais c'est sans aucun doute la mesure accordant de plein droit le bénéfice des prestations familiales aux veuves d'allocataires qui offre l'intérêt juridique le plus riche. L'art. 6 du R.A.P. du 10 décembre 1946 et la circulaire n° 114 S.S. du 20 juillet 1951 (par. 9) précisent que, par veuve d'allocataire, on entend toute femme dont le mari bénéficiait des prestations familiales à la date de son décès ou aurait pu en bénéficier si le régime actuel des prestations familiales avait été applicable à cette date.

Par l'effet d'une fiction légale le droit se perpétue après le décès de son titulaire (25). La loi conserve à la veuve les mêmes droits que ceux dont bénéficiait son mari, en vertu de son travail. Elle lui accorde même un droit supérieur, puisqu'elle prend en considération le travail antérieur du mari, même si celui-ci ne lui a jamais permis, de son vivant, de prétendre aux allocations familiales.

Cette idée de survie des droits du prédécédé au profit de sa veuve est démontrée, a contrario, par le fait que la qualité de veuve d'allocataire disparaît si l'intéressée se remarie ou vit en concubinage. Pourquoi ne pas y voir un argument de plus à l'appui de la théorie de la réalité technique, qui insiste sur l'idée que la notion juridique de personne physique ne coïncide pas nécessairement avec la notion biologique ? On comprend que la personnalité puisse exister sans support biologique et avoir un prolongement après la mort, au prix d'une transfusion sur d'autres personnes. Cette idée de continuité est encore plus évidente dans certaines dispositions réglementaires. L'art. 23 du décret du 10 décembre 1946 prévoit, dans son avant-dernier alinéa, que « l'allocation de salaire unique doit être *maintenue* à la veuve du salarié, *même dans le cas où elle exerce une activité professionnelle en qualité d'employeur, d'exploitant agricole ou de travailleur indépendant, lui permettant de recevoir, de son chef, des allocations familiales* ».

Dans ce cas, le droit du chef de famille disparu se survit au bénéfice de la veuve qui percevra le « salaire unique » dont le fait générateur reste l'activité professionnelle antérieure du défunt. De même la présomption d'inactivité ne sort à effet à l'égard des détenus, que tout autant que ceux-ci ont interrompu lors de leur détention, une activité professionnelle (26). Au moment de la cessation de travail le droit était préexistant ; il y a conservation ou maintien du droit par le seul fait de l'impossibilité de travailler. Il n'y a pas création d'un droit nouveau.

En règle générale, le droit aux allocations familiales a pour fondement

(25) F. Villey, *Le Compl. Familial du Salaire*, p. 102 et suiv.

(26) Circ. Ministérielle 113 S. S. du 2 juil. 1951, p. 10.

une activité professionnelle présente ou passée : le travail reste sa cause première et l'on observe qu'il en est de même en matière d'assurance vieillesse.

SECTION II

LA GENERALISATION DE L'ASSURANCE VIEILLESSE ET LA CONDITION D'APPARTENANCE A CERTAINS GROUPEMENTS PROFESSIONNELS

Limitée d'abord aux seuls salariés, l'assurance vieillesse s'est étendue aux non-salariés depuis la loi du 17 janvier 1948 qui marque une nouvelle étape, vers l'application progressive de l'institution à toute la population. Cependant l'évolution est loin d'être achevée ; l'organisation administrative actuelle s'accommode d'une pluralité de régimes professionnels s'adaptant à la diversité des structures sociales. Mais l'absence, dans le Droit français, de formule unique, ne doit pas faire oublier, cependant, que l'assurance vieillesse ne compte parmi ses ressortissants que les personnes exerçant ou ayant exercé une activité professionnelle.

Son domaine d'application est réservé exclusivement à la population active. La notion professionnelle reste, là aussi, la base du droit à pension ou retraite, aussi bien pour les salariés que pour les non-salariés.

A. — Le travail dépendant, source du droit à l'assurance vieillesse des salariés.

Les développements que nous avons consacrés à l'assurance vieillesse, au long de notre étude, ne laissent aucun doute sur ce problème ; la justification d'un travail salarié est la condition « sine qua non » de l'ouverture des droits. Cette règle est valable pour l'attribution de l'allocation des vieux travailleurs salariés, dont le bénéfice est réservé aux seuls salariés même s'ils n'ont jamais contribué à l'institution, dès lors qu'ils prouvent avoir eu cette condition juridique pendant 25 ans au cours de leur carrière. Cette preuve peut être apportée par tous moyens, donc par simple témoignage ou même par déclaration sur l'honneur. Une telle liberté de preuve a fait l'objet de vives critiques : on lui reproche surtout d'aboutir à mettre à la charge du régime général de Sécurité sociale des personnes qui, en réalité, n'ont pas été salariés ou très peu de temps (27).

L'objection n'est pas entièrement dépourvue de valeur car l'allocation

(27) Marc Degas, *Problèmes de la branche vieillesse. Journée d'étude de la Séc. sociale. Force ouvrière. Informations*, juillet 1955, pp. 57 et suiv.

minimum servie dans les mêmes conditions aux anciens non-salariés dans le cadre de la loi du 17 janvier 1948 est égale aux trois quarts de celle allouée aux salariés. Son montant était même inférieur de moitié jusqu'au décret du 14 avril 1962 portant révision des taux de divers avantages de vieillesse et d'invalidité. Il paraissait préférable de justifier alors d'une activité salariée que de l'exercice d'une profession artisanale ou commerciale. A noter que ces anomalies se sont révélées surtout dans les départements ou régions agricoles où le cycle saisonnier de l'activité entraîne souvent la pratique, chez un grand nombre de travailleurs, de la double occupation ou même de multiples professions exercées soit simultanément, soit alternativement. Ces difficultés sont inhérentes à la résistance opposée par les milieux agricoles à l'application de la loi du 17 janvier 1948, et à leur refus de constituer les organismes autonomes qu'elle prévoyait, les agriculteurs faisant état de l'impossibilité de supporter les charges imposées. Il fallut l'intervention du législateur, le 10 juillet 1952, non sans leur avoir accordé certaines concessions : l'équilibre financier du système est, certes, assuré pour partie par des cotisations versées par les intéressés, mais l'essentiel des ressources provient de droits de douane et taxes diverses.

B. — L'activité professionnelle indépendante, condition d'appartenance au régime vieillesse des non salariés.

Ne sont donc susceptibles de prétendre aux avantages vieillesse servis par les Caisses créées par la loi de 1948 que les personnes exerçant, aux termes des art. L. 646 à L. 649 du Code de la Sécurité sociale, une activité libérale, une activité professionnelle comportant inscription au registre des métiers ou au registre du commerce, ou une des professions agricoles désignées à l'art 1107 du Code rural ; les règlements d'administrations publiques prévus à l'art. L. 650 du Code de la Sécurité sociale (28), notamment les décrets du 21 avril 1949, tenant compte de ce que les régimes des non-salariés ne se constituaient qu'au 1^{er} janvier 1949, posent un principe général : l'exercice d'une activité professionnelle indépendante est la base de l'ouverture des droits ou avantages prévus par la loi du 17 janvier 1948, que cette activité ait été antérieure ou postérieure à la mise en vigueur du système. Tel est l'esprit général qui gouverne toute l'institution et, à cet effet, on distingue d'une part, les personnes n'ayant jamais cotisé et d'autre part les ressortissants ayant contribué personnellement à la constitution de leur allocation ou pension-vieillesse.

Les personnes âgées, au 1^{er} janvier 1949, de plus de 65 ans ou plus de 60 ans en cas d'incapacité au travail, ne bénéficient de l'allocation vieillesse que si elles justifient avoir exercé, pendant dix ans, une activité non salariée leur ayant procuré des moyens normaux d'existence et ayant constitué leur dernière occupation professionnelle. C'est ainsi que l'art. 54

(28) Art. 8 de la loi du 17 janvier 1948.

du règlement intérieur type des caisses artisanales d'allocation vieillesse, approuvé par l'arrêté du 5 août 1955, dispose que par « artisan n'ayant jamais cotisé ou n'ayant pas cotisé, il y a lieu d'entendre toute personne exerçant ou ayant exercé une activité artisanale ».

En revanche, les non-salariés ayant cotisé ne peuvent bénéficier de l'allocation que s'ils ont cotisé au moins 15 ans. Toutefois, pendant la période transitoire, jusqu'à ce que le régime fonctionne à plein, cette durée d'assurance se trouve réduite à condition de justifier, antérieurement au 1^{er} janvier 1949, d'une carrière professionnelle de dix ans. En contrepartie, des avantages complémentaires leur sont consentis, proportionnés à leur participation financière et à la durée de celle-ci. Divers arrêtés prévoient même la possibilité, pour les ressortissants actuels de l'institution, d'obtenir une pension complète en opérant le rachat des cotisations pour les périodes d'activité professionnelle antérieures au 1^{er} janvier 1949.

Les intéressés peuvent ainsi reconstituer ou consolider leurs droits comme si l'institution avait existé dans le passé. N'est-ce point là une application remarquable de la théorie des droits acquis qui aboutit ici à conférer un effet rétroactif à la loi nouvelle, permettant à celle-ci de saisir, non seulement les situations juridiques en cours, mais aussi les situations juridiques passées, en vue de leur faire produire des conséquences identiques. On ménage les transitions par des dispositions bienveillantes (bénignitas du droit romain) pour étendre dans le temps la sphère d'application de la loi nouvelle, en raison de son caractère social et de son contenu humain.

Enfin, la jurisprudence donne une interprétation très extensive de la notion d'activité professionnelle non salariée, telle qu'elle résulte des art. L. 646 et L. 647 du Code de la Sécurité sociale qui semble requérir la justification d'une inscription au registre des Métiers ou au registre du Commerce (29). La Cour de Cassation, dans un arrêt du 9 décembre 1959 (30), décide que la qualité de commerçant ne peut s'acquérir au sens de la législation de Sécurité sociale, et notamment de l'art. 5 de la loi du 17 janvier 1948, que *par l'exercice effectif d'une activité commerciale*. Dans l'affaire soumise à la Cour Suprême le fonds de commerce avait été immatriculé au nom du mari, alors que la femme assurait, en fait, la marche et la gestion de l'affaire. Ce faisant, les magistrats rejettent le critère subjectif et formel définissant le commerçant par une inscription à un registre spécial, et font bénéficier la veuve du commerçant des dispositions de la loi du 17 janvier 1948. Cette décision est conforme au droit positif français qui, adoptant le

(29) L'art. L. 647 donne à la notion de commerçant ou industriel un contenu plus large que l'art. 15 du décret du 27 déc. 1958 (ancien art. 61 du Code du Commerce) puisqu'il ajoute à la présomption résultant de l'inscription au registre du Commerce, celle que confère « l'assujettissement à la contribution de la patente en tant que commerçant ». La Cour de Cassation, dans un arrêt du 14 mai 1912 (DP 1912 I 303), considère au contraire que, dans le domaine du Droit Commercial, l'inscription au rôle des Patentes ne suffit pas à conférer la qualité de commerçant.

(30) Cour de Cass. 9 déc. 1959, *Bull. Jurid.* 1956 1 à J bis 4 (Caisse Interprof. All. Vieill. du Commerce et de l'Industrie de Rennes c/Vve Guillaume).

critère objectif, confère la qualité de commerçant à toute personne qui, au sens de l'art. 1^{er} du Code de Commerce, « exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle ».

Ainsi, en dépit de sa puissance d'expansion, la législation sociale par son domaine d'application déroge au principe de généralité de la loi. Elle ne comprend parmi ses bénéficiaires que certains groupes sociaux bien définis. Certes, un nombre de plus en plus grand de personnes se trouve garanti contre les risques sociaux ; mais l'extension de la protection sociale à de nouvelles catégories de la population comporte des limites : l'assurance vieillesse et les prestations familiales ne couvrent que les membres de la communauté nationale exerçant ou ayant exercé une activité professionnelle. En sont donc exclus ceux qui n'exercent aucune activité ou bien même ceux qui accomplissent une activité humaine socialement utile, sans appartenir à un groupement professionnel déterminé. Quant à l'assurance maladie, maternité, invalidité et accidents du travail, son champ d'intervention est encore plus restreint, puisqu'il ne s'étend pas au-delà du cadre du salariat « lato sensu ». Il en résulte une persistance des cloisonnements existant entre les groupes sociaux dont la condition juridique dissemblable se répercute sur leur statut social.

Dès lors, les non-salariés aspirent à être partie prenante à part entière du salaire social. Pour y parvenir, ils ne disposent, en l'état actuel de notre droit positif, que d'un procédé juridique : l'acquisition de la qualité de salarié ou assimilé. L'attraction qu'exerce le salaire social sur ces catégories sociales est telle qu'une véritable perturbation des principes juridiques classiques en est la résultante. Au sein du groupe des travailleurs non dépendants, certaines personnes obtiennent que leur soit reconnue la position de salarié, vis-à-vis de la législation de Sécurité sociale, tout en continuant à jouir de leur condition juridique originale sous l'angle du droit civil, du droit commercial ou même du droit du travail. Cette relativité des statuts juridiques apparaît comme l'une des conséquences les plus inattendues de l'incertitude du droit positif, quant à la détermination des sujets de droit du salaire social.

TITRE II

LA DETERMINATION DES SUJETS DE DROIT DU SALAIRE SOCIAL

En conclusion de son étude intitulée « L'influence du droit du Travail et de la Sécurité sociale sur les formes de l'activité professionnelle (1) », M. Paul Durand souligne l'intérêt pour le juriste « d'approfondir les aspects sociaux des phénomènes juridiques et d'unir l'exposé de la règle juridique à la manière dont cette règle est effectivement appliquée ». Il estime que « contrairement à ce que l'on pense généralement la création de législations propres à certains groupes n'aboutit pas alors à isoler les éléments de la société ; elle constitue bien plutôt un ferment dans l'évolution des structures sociales et dans les institutions juridiques ».

Cette constatation, selon l'auteur, est surtout apparente dans le domaine de la législation sociale, laquelle, en ne conférant des avantages qu'à certains groupes sociaux, entraîne deux séries de réactions de la part des sujets appartenant aux groupes les moins favorisés : ou bien il se produit une migration vers les formes d'activité auxquelles la loi réserve les meilleurs traitements par le statut spécial dont elle les a dotées et l'on observe, en effet, un accroissement numérique du nombre de salariés ou des personnes qui leur sont assimilées ; ou bien au contraire les intéressés, au lieu de s'agréger au salariat tout en demeurant membres de leur groupe social sans modification juridique de leur activité professionnelle, revendiquent le bénéfice du régime social applicable aux salariés. Ce double phénomène de migration des individus et de diffusion des règles juridiques, dû au manque d'homogénéité du milieu social tend à rétablir l'uniformité des conditions juridiques, soit que les sujets parviennent à se rassembler dans un même groupe social, soit que, sous leurs efforts alternés, il se produise une contamination d'un statut par un autre.

M. Durand s'efforce par cette analyse d'apporter des éléments nouveaux susceptibles de confirmer la naissance d'un droit de l'activité

(1) *Droit Social*, mars 1956, p. 145 et suiv.

professionnelle applicable sans distinction à tous les groupes sociaux : le droit commercial, le droit fiscal, le droit du travail et de la Sécurité sociale tissent ainsi la trame d'un nouveau droit de l'activité économique...

Il n'est certes pas question de nier l'existence de ces phénomènes de mutation : ils sont la preuve des rapports qui se nouent entre la loi et le milieu social et, aspect encore plus important, marquent combien l'étanchéité entre des groupements humains, dont la condition économique et sociale est pourtant différente, n'en demeure pas moins toute relative.

Faut-il tenir compte, néanmoins, de ces données pour soutenir qu'un fonds commun de règles juridiques est en voie d'élaboration, marquant un retour vers l'application du principe de généralité de la loi ? Pourquoi ne pas observer qu'en réalité cette différenciation de statut social a été voulue, à l'origine, par les intéressés eux-mêmes ? La généralisation de la sécurité sociale à toute la population, nous avons eu l'occasion de le faire remarquer, a échoué devant l'attitude hostile des employeurs et travailleurs indépendants, désireux de conserver au sein de la communauté nationale la place « particulière » que leur conférait leur position économique, situation dégagée de tout lien de dépendance, aussi bien vis-à-vis de l'Etat, que des autres membres de la Société.

Cependant, les éléments non salariés de la population constituent un agglomérat hétérogène. Certaines personnes, bien qu'exerçant leur activité en toute liberté sans être soumises juridiquement au pouvoir de direction et de contrôle d'autrui, se trouvent dans un état de subordination économique. C'est le cas de nombreux artisans, métayers, fermiers ou membres des professions libérales, dont les conditions d'existence se rapprochent ainsi de celles des salariés et même sont parfois inférieures si on les compare à la condition sociale des employés supérieurs et des cadres. Ceci marque la vanité des « *summa divisio* » établis entre salariés et non-salariés, fondés sur un critère purement juridique, l'existence ou non d'un contrat de travail, et démentis par la réalité économique et sociale.

Est-ce à dire, comme le fait observer M. Lyon-Caen, que « tous les travailleurs indépendants sont des économiquement faibles, des exploités, même s'ils ne font pas travailler autrui à leur profit » ? (2) De là toutes les difficultés à délimiter les frontières d'un groupe social ; celles-ci seront essentiellement variables selon que l'on se réfère à un critérium purement juridique pour définir les personnes qui en font partie, ou selon que l'on a recours à une appréciation tenant compte de leur condition économique. De là, aussi, toutes les divergences doctrinales, reflets de l'orientation idéologique de chaque auteur sur le sens et la portée à donner à ces distinctions entre groupes sociaux : les uns estiment que l'extension de la protection sociale aux éléments économiquement dépendants et même aux travailleurs indépendants ne ferait que confirmer le phénomène de « prolétarianisation » des classes moyennes, considéré comme le processus naturel et irréversible de l'évolution des structures sociales et économiques.

(2) *Manuel de Dt du Travail et de la Séc. Sociale*, p. 241.

Les autres, au contraire, rejetant la thèse d'un élargissement continu du cadre du salariat, considèrent, tout en reconnaissant l'existence d'un phénomène de migration des individus d'un groupe social à l'autre, qu'à celui-ci vient se juxtaposer un courant profondément différent : les travailleurs non dépendants cherchent à acquérir le même statut social que celui accordé aux salariés, sans pour autant abandonner leurs statuts juridiques originaires.

Comment concilier ces deux opinions diamétralement opposées ? Au fond, cette opposition n'est pas aussi fondamentale qu'il le paraît au premier abord. Pour s'en convaincre remarquons, ainsi qu'il résulte de notre analyse précédente, que cette diffusion des règles juridiques d'un groupe social à l'autre est loin d'avoir eu pour résultat l'établissement d'un statut commun : exception faite du risque vieillesse et des prestations familiales, les non-salariés sont exclus de la législation sociale contemporaine. M. Durand, cite, d'une part, l'exemple de la législation familiale qui accordait un régime de faveur aux travailleurs dépendants ; les employeurs et travailleurs indépendants ont obtenu que le taux des allocations familiales soit unifié et que leur soit reconnu enfin l'égalité de traitement. Une différence subsistait encore : l'allocation de salaire unique, qui leur était refusée, leur a été octroyée par la loi du 6 août 1955 créant à leur profit l'allocation de la mère au foyer. Ajoutons que le congé de naissance est toujours réservé aux seuls chefs de famille salariés. D'autre part, comme autre exemple d'uniformisation des règles applicables, le même auteur envisage le rapprochement qui s'établit entre la condition du salarié des entreprises privées et celle des fonctionnaires publics ; ces deux conditions ne lui apparaissent plus comme fondamentalement différentes ainsi qu'il était courant à une époque récente, tandis qu'entre elles vient s'interposer à titre de transition, celle des salariés des entreprises publiques de caractère industriel ou commercial ou d'organismes privés telles les caisses de Sécurité sociale assurant la gestion d'un service public.

Mais, objection capitale à l'encontre de cet argument et l'auteur qui en a senti la fragilité ne le cache pas : il ne s'agit là que « d'un rapprochement entre les différentes formes de travail subordonné » qui tendent à être soumises à un même régime juridique tant sur le plan du Droit du Travail que du Droit de la Sécurité sociale. La diffusion des statuts s'opère donc au sein d'un même groupe social, celui des travailleurs subordonnés ; il ne s'étend pas aux autres catégories sociales.

C'est précisément cette absence de généralisation de la protection sociale qui a pour conséquence d'accentuer l'ampleur du phénomène de migration des individus d'un groupe social à l'autre. Observation encore plus saisissante et pleine d'intérêt, ce phénomène prend deux aspects contradictoires et aux effets juridiques absolument dissemblables.

Tantôt l'individu, en raison des conditions d'exercice de son activité, alors qu'il appartenait originellement à la catégorie des travailleurs « indépendants », acquiert par l'effet de la loi ou du règlement la qualité de « salarié ou assimilé ». Dans ce cas, il y a mutation totale et complète à la fois de son statut juridique, social et fiscal. Il devient un salarié au sens large du terme. Ce transfert lui est imposé ; il est

l'œuvre de la loi qui s'efforce d'étendre son champ d'application au-delà de la conception classique et restrictive du salariat envisagé comme le groupement des personnes régies par un contrat de travail. Cette extension est réalisée par la substitution du critère de dépendance économique au critère de subordination juridique, comme élément déterminant la condition de salarié. On constate cependant qu'une telle extension comporte des limites qu'il est difficile de transgresser et la jurisprudence s'attache à les considérer en manifestant toujours un attachement sentimental aux principes juridiques classiques. *Le nombre des sujets de droit du salaire social tend ainsi à s'accroître sous l'effet d'une définition très large de la nature de la prestation de travail.*

Tantôt, cette mutation de régime, bien qu'ayant toujours sa source dans la loi ou le règlement, résulte directement de la seule volonté des sujets qui ont la faculté d'obtenir ainsi la qualité de salarié à l'égard de la législation sociale tout en conservant, sur le plan civil ou commercial, la condition juridique d'entrepreneur, d'industriel, ou de commerçant. Il s'ensuit qu'une même personne fait l'objet d'une pluralité de régimes ou d'un régime juridique à contenu variable ; suivant la législation ou le droit auquel elle est soumise, son statut se modifie. Ce phénomène est surtout saisissant à propos des dirigeants de sociétés, dont la condition juridique prend un contenu relatif. Cette relativité des statuts juridiques n'est d'ailleurs pas particulière aux dirigeants de sociétés. On observe, en effet, qu'en conférant la qualité de « salarié » à certains travailleurs économiquement dépendants mais juridiquement indépendants, la distinction classique entre le contrat de travail et les contrats voisins (contrat de mandat, contrat d'entreprise, etc...) autrefois aisée et simple, se révèle de plus en plus complexe ; toutes les classifications traditionnelles construites par le Code Civil se trouvent bouleversées. *L'extension du nombre des sujets de droit du salaire social s'accompagne d'une relativité des statuts juridiques.*

SOUS-TITRE I

LA RELATIVITE DE LA PRESTATION DE TRAVAIL

La notion de subordination ou de dépendance est, dans le droit du travail et le droit de la Sécurité sociale, un critère de distinction dont l'intérêt juridique est comparable à celui de la notion de « risque créé » ou de « présomption de responsabilité » dans le droit de la responsabilité. Il en est ainsi car aucune disposition légale ne définit les éléments constitutifs du contrat de travail ; M. Planiol critique l'expression de « contrat de travail », en faisant observer qu'elle désigne un contrat d'après son objet et non d'après sa nature. M. Lyon-Caen considère que la formule renferme une certaine équivoque que ne contenait pas la formule ancienne de « louage de services », dans la mesure où son objet n'est pas n'importe quel travail mais seulement le travail exploité et subordonné (1).

Si l'on se réfère au Code Civil, l'article 1779 concerne « le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ». L'objet du contrat de travail est donc l'exercice d'une activité humaine ; mais d'autres conventions, le contrat d'entreprise, le mandat, la société ont pour objet l'activité de l'homme. Comment établir un critère permettant de différencier les formes diverses du travail humain et de qualifier la nature de la prestation de travail ? Peut-on considérer que le salarié est celui qui met à la disposition d'un tiers sa force de travail selon les conditions d'activité et de diligence promises par le contrat (*locatio operarum*). Cet élément n'est pas à lui seul déterminant : dans le contrat d'entreprise, par exemple, l'une des parties promet également le produit de son travail ; débiteur d'un résultat, l'entrepreneur reste libre d'organiser son travail à son gré, sans être placé sous l'autorité d'un employeur ; dans le contrat de société, l'associé peut également apporter « son industrie ». Peut-il y avoir pour autant et nécessairement existence d'un contrat de travail ? Difficultés identiques à propos du contrat de mandat.

Le Droit romain conférerait à celui-ci nécessairement la nature d'un acte gratuit en raison des rapports d'amitié existant entre mandant et mandataire, et excluant la « mercès » (2). La gratuité du mandat représentait un signe distinctif. Il n'en est plus ainsi en Droit français. L'article 1986 du Code Civil admet que « le mandat est gratuit, s'il n'y a

(1) A. E. Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien Droit Français* (les obligations), pp. 83 et suiv.

(2) Lyon-Caen, *Manuel de Droit du travail*, p. 180.

pas convention contraire », et le mandant est tenu de payer les salaires « lorsqu'il en a été promis » (article 1999 du Code Civil). En devenant un acte de caractère onéreux, le mandat se distingue difficilement du contrat de travail. La nature de l'acte accompli est un critère insuffisant pour les différencier : le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (art. 1984 du Code Civil). Le salarié s'engage également à faire quelque chose pour l'employeur. On peut retenir que l'objet du mandat est la conclusion d'actes juridiques pour le compte du mandant, alors que le contrat de travail a pour aboutissement l'accomplissement d'actes matériels (3) au profit de l'employeur.

Ce procédé de distinction est en lui-même insuffisant, une même personne étant appelée souvent à accomplir aussi bien des actes juridiques que des actes matériels : le Président-Directeur Général d'une société anonyme est mandataire du Conseil d'Administration, mais, par ses fonctions de direction, il est appelé à effectuer des actes « intellectuels ». Le domestique représente son maître en vertu d'un mandat, soit exprès, soit même tacite, pour les menues dépenses du ménage (4) ; il ne cesse pas pour autant d'être salarié. Il en est de même du caissier et du vendeur de magasin qui font des opérations juridiques pour le compte de leur employeur.

L'extrême diversité des situations juridiques rend délicate la qualification de la prestation de travail. Comment différencier le salarié du mandataire, de l'entrepreneur ou de l'associé, compte tenu des similitudes qui rapprochent ces catégories les unes des autres, interférences qui résultent de la complexité de plus en plus grande des relations juridiques établies entre les hommes et du développement de la vie économique et sociale ? L'intérêt d'un critère de distinction se pose avec acuité dans le Droit du Travail ou dans le Droit de la Sécurité sociale : de la détermination de la condition juridique d'une personne découle la définition de son statut social. Sera-t-elle ou non soumise aux lois sociales ? Le problème ne peut être éludé ; des solutions qui lui sont apportées dépend la démarcation des contours du Droit social et la détermination des personnes appelées à bénéficier, soit de la protection sociale, soit des lois du travail. En l'absence de textes, la jurisprudence et la doctrine considèrent que l'élément caractéristique et spécifique du contrat de travail, permettant de le distinguer aisément des contrats voisins, est le lien de subordination existant entre l'employeur et le salarié. Le même critère est adopté par la plupart des droits étrangers. La Cour de Cassation le souligne dans son arrêt du 9 mars 1938 (5) : « L'état de subordination constitue l'élément essentiel du contrat de louage de services ». Le salarié n'exerce pas son activité d'une manière autonome : il est au contraire placé dans un « état de dépendance » (6).

(3) R  q. 28 oct. 1907, *D.P.* 1908 I 481.

(4) Planiol et Ripert, tome XI, né 1431, p. 770.

(5) Ch. Civ. 9 mars 1938, *D.H.* 1938, p. 289, *C. Soc.* 23 fév. 1951, *Bull.* 1951, III 153, 114.

(6) Brun et Galland, *op. cit.*, pp. 229 et suiv.

Cependant, la notion de subordination elle-même peut être comprise d'une manière plus ou moins stricte. La subordination peut avoir des degrés : le mandataire, comme le maître de l'ouvrage dans le contrat d'entreprise, sont tenus de se conformer, le premier, aux instructions du mandant et son action est limitée au contenu de l'acte juridique à accomplir, le second, aux directives du propriétaire qui contrôle les conditions d'exécution des travaux ou procède à leur réception. Ils sont l'un et l'autre dans une certaine situation de dépendance. En revanche, d'autres personnes : les représentants, les travailleurs à domicile, etc... disposent dans l'accomplissement de leur tâche d'une certaine liberté qui n'est pas incompatible avec la qualité de salarié.

Ces différences de degré dans la dépendance expliquent que ce terme ait été diversement interprété par la doctrine et la jurisprudence. On peut envisager la notion de subordination soit sous l'angle juridique, soit sous l'angle économique et cette double interprétation est la source d'un conflit entre deux thèses, l'une considérée comme classique et l'autre comme moderne, conflit toujours actuel et loin d'être apaisé.

La thèse classique, en qualifiant de juridique la subordination, rattache cette notion exclusivement à l'existence du lien contractuel : le salarié est juridiquement dépendant vis-à-vis de son co-contractant : placé sous l'autorité de l'employeur, il est soumis au pouvoir de contrôle et de direction de celui-ci, lequel a le droit de lui donner des ordres et des instructions dans l'exécution du travail et même de prendre des sanctions contre lui pour fautes disciplinaires.

Cette conception traduit au fond l'idée que le contrat de travail n'est qu'une modification terminologique du contrat de louage de services (*locatio operarum*) : le salarié met au service d'autrui sa force productive dans des conditions particulières ; il aliène son travail et, cette aliénation se répercute sur la situation juridique respective des deux parties ; l'employeur dispose du pouvoir de commandement ayant pour corollaire un certain pouvoir disciplinaire, survivance de la « *Jura Patronatus* » du Droit romain, tandis que le salarié est tenu d'un devoir d'obéissance.

Telle est la construction juridique dans sa rigidité. C'est cette idée de dépendance juridique que fait prévaloir la Cour de Cassation pour justifier les différences légales qui séparent le contrat de travail des autres contrats d'activité.

Cependant, à cette conception traditionnelle, s'oppose aujourd'hui une analyse différente présentée pour la première fois par M. Cuche, dans un article publié en 1913 à la « *Revue Critique*, » et intitulé : « Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail. » Cette école nouvelle transpose le problème du plan juridique au plan social. La nature du contrat est motivée par la condition sociale et économique de celui qui fournit le travail. L'état de dépendance résulterait du fait que le salarié tire de son travail son principal moyen d'existence et que l'employeur utilise entièrement et régulièrement l'activité du salarié (7). Cette idée se rapproche de celle exprimée par la

(7) P. Cuche. La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, *chr. D.H.* 1932, p. 101.

Société d'Etudes Législatives lors de l'établissement du projet de loi de 1906 sur le contrat de travail : le critère proposé pour caractériser le contrat de travail sous-entend que le salarié n'assume pas le risque de son activité en raison de sa situation de dépendance économique. M. Savatier écrit : « Peu importe le degré d'indépendance physique que gardent ces travailleurs, leur dépendance économique suffit à faire d'eux les préposés de celui qui bénéficie de leur travail et en prend les risques à sa charge » (8). Cette idée est exacte dans la mesure où elle reflète dans l'ordre juridique l'opposition économique existant entre les parties contractantes. Cependant, est-elle suffisante ?

Peut-on dire qu'il n'est pas nécessaire de se préoccuper de savoir si l'un des contractants a autorité sur l'autre dans l'accomplissement de ses fonctions ?

Pourtant cette conception moderne de la dépendance économique a eu une fortune insoupçonnée. Si elle n'est pas accueillie par la Cour de Cassation, ni par la majorité de la doctrine (9), comme seul et unique critère déterminant, en revanche, le législateur utilise cette notion dans le Droit du Travail et surtout dans le Droit de la Sécurité sociale, témoignant ainsi de sa protection aux « économiquement faibles ».

Par voie de conséquence, le domaine d'application des mesures sociales s'élargit considérablement. Mais, en réaction contre ces réformes, la jurisprudence reste imperturbablement fidèle au critère classique de subordination juridique marquant ainsi la nécessité de limiter les progrès de la conception moderne, sous peine de voir disparaître le seul élément susceptible de permettre les distinctions juridiques qui s'imposent.

(8) *D.P.* 1923, I. 5. *D.P.* 1924, II. 73.

(9) Planiol et Ripert, t. XI, n° 772, pp. 13 et suiv. Rouast et Durand, n° 266, p. 319. Cass. Civile 24 avr. 1925, *D.P.* 1927 I. 141. Note Ch. Falcimaigne ; Colin et Capitant, refondu par Julliot de la Morandière, t. II, n° 1084.

CHAPITRE PREMIER

L'INTERET DE LA CONCEPTION MODERNE DE DEPENDANCE ECONOMIQUE DANS LE DROIT SOCIAL

L'analyse du critère économique de dépendance offre donc un double intérêt à l'égard du concept de salaire social. D'abord, un intérêt d'ordre intellectuel. Elaboré par la doctrine pour concurrencer le vieux critère traditionnel qui donne une interprétation assez étroite du contrat de travail, il représente un effort louable pour dégager des solutions nouvelles que la jurisprudence ne pouvait donner sur le plan juridique en se maintenant dans les cadres civilistes du Droit du Travail. Les partisans de cette nouvelle école ont cependant marqué une tendance exagérée à faire de la dépendance économique un élément de détermination excluant celui de subordination juridique.

Ce courant de pensée se rattache étroitement au mouvement d'idée contemporain en faveur de la substitution de la notion de « relation de travail » à celle de contrat de travail, bouleversant ainsi la structure des rapports entre employeurs et salariés. Cette théorie, qui rencontre peu d'assentiment dans la doctrine française parce qu'on lui reproche son absence d'unité et l'impossibilité de soumettre aux mêmes règles toutes les relations de travail (1), a surtout été systématisée par des juristes italiens et allemands, comme MM. Gréco, Siebert et A. Nikish. Aussi, même à l'étranger, elle est loin de recevoir un accueil unanime et certains auteurs soulignent l'équivoque de cette construction juridique (2). En présence de ces controverses, on admet l'idée de relation de travail dans la mesure où elle traduit le déclin de la liberté contractuelle dans les rapports du travail, tout en considérant que la convention-type traditionnelle, le contrat de travail, est nécessaire pour fonder l'obligation de travail, et organiser la condition juridique des parties, bien que celle-ci soit, sur de nombreux points, déterminée par les interventions de la puissance publique. Les mêmes observations ne s'appliquent-elles pas à la notion de subordination ? Pour n'avoir pas introduit les nuances nécessaires, en donnant de cet élément deux interprétations diamétralement opposées, l'une exclusivement juridique, l'autre purement économique, la doctrine n'a-t-elle pas péché par excès ? Subordination juridique et dépendance économique sont-elles inconciliables au point de dire que l'une est exclusive de l'autre ?

(1) Durand et Vitu, *Traité de Dt du Travail*, pp. 207 et suiv. Egalement : Brun et Galland, *Droit du Travail*, n° 1143, pp. 180 et 181.

(2) Notamment, le juriste allemand A. Hueck.

Pourquoi ne pas souligner au contraire, que ces deux notions se complètent pour élargir la sphère des sujets de droit du salaire social ? L'économique et le juridique ne sont-ils pas deux expressions complémentaires d'une même réalité politique et sociale ?

Ensuite, à cet intérêt d'ordre intellectuel vient se juxtaposer un intérêt d'ordre technique. La notion de dépendance économique apparaît surtout comme un procédé permettant d'étendre le domaine de certaines mesures sociales au-delà des personnes régies par le contrat de travail. Mais cette extension n'est pas illimitée. N'est-ce pas la notion de subordination juridique qui permet seule de poser la démarcation à ne pas franchir ?

Ainsi s'expliquerait peut-être ce double mouvement, apparemment contradictoire, destiné à rechercher un juste équilibre dans la détermination des personnes appelées à bénéficier du Droit du Travail et du Droit de la Sécurité sociale : d'une part, les interventions multiples du législateur faisant appel à la notion de dépendance économique, et d'autre part, l'attitude de la jurisprudence plus ou moins nuancée dans le Droit de la Sécurité sociale et plus intransigeante en matière de législation du travail. La mise en valeur de ces deux ordres d'intérêt nous conduit à l'analyse de la notion de dépendance économique et de ses effets juridiques.

SECTION I

L'ANALYSE DE LA NOTION DE DEPENDANCE ECONOMIQUE

Le vocable de « dépendance économique » est une notion qu'il est impossible de ramener aux catégories juridiques classiques. Il pose aux juristes, pour cette raison, un délicat problème de qualification. En vérité, il semble bien avoir été créé de toutes pièces par ses promoteurs, dans le dessein de renouveler, de « repenser » sur des données nouvelles la vieille conception civiliste du contrat de travail. Aussi, sur le plan de la théorie juridique, on ne peut parler de véritable analyse permettant de définir avec exactitude ce que l'on entend par « dépendance économique ». Le terme paraît avoir été conçu comme une antithèse de l'idée de subordination juridique. Si l'on met à part les développements que lui consacre M. Paul Cuhe (qui en est l'auteur) dans son article : « Le rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », les travaux de M. Savatier, sous le titre « La socialisation des travaux humains » (3) et les études de MM. Durand et Rouast (4), la littérature juridique française est assez pauvre sur cette question. Observons toutefois que cette notion est fréquemment utilisée pour expliquer le phénomène d'extension de la législation sociale au-delà des personnes régies par

(3) R. Savatier, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit Civil d'aujourd'hui ». Ch. XI, pp. 227 et suiv.

(4) P. Durand et A. Rouast, Précis de législation industrielle, *Dalloz*, n° 399-442.

un contrat de travail. C'est à elle qu'on a d'abord recours pour justifier l'application du Droit Social à certaines catégories : travailleurs à domicile, représentants, dirigeants de sociétés, non nécessairement tenues à une dépendance physique à l'égard des personnes avec lesquelles elles contractent.

Faut-il s'étonner du défaut, en la matière, d'une étude d'ensemble rigoureuse ou d'un essai de construction juridique ? Nous ne le pensons pas, car l'idée de dépendance économique, étant empruntée au langage moins précis des économistes, ne peut manquer de laisser le juriste dans l'embarras pour en donner une signification précise. Ceci explique peut-être que ce critérium ait fait l'objet de vives attaques de la part de ceux qui se refusent à lui donner une valeur juridique. Or, tous les auteurs s'accordent sur un point : la notion de contrat de travail ou de louage de services n'est pas d'une netteté parfaite. Mais les divergences apparaissent dès qu'il faut définir quel est le critère spécifique à ce contrat.

Il n'est pas trop fort de parler « d'incertitude » de la doctrine sur ce problème capital. Cette incertitude se révèle à propos de la notion de dépendance économique, selon qu'on la présente sous son aspect positif, comme un procédé technique destiné à « dépasser » l'analyse contractuelle des rapports du travail, ou selon qu'on l'envisage dans son aspect négatif avec les multiples objections qu'elle soulève.

A. — L'ASPECT POSITIF DU CRITÈRE ÉCONOMIQUE ET LA RECHERCHE D'UNE ANALYSE NOUVELLE DES RAPPORTS DU TRAVAIL.

L'originalité de la thèse de la dépendance économique est d'avoir tenté l'approche d'une définition de la qualification juridique du « salarié » en faisant abstraction de la conception contractualiste des rapports du travail, afin de mieux tenir compte de la réalité économique et sociale qui est le milieu ambiant dans lequel se nouent les liens entre employeurs et salariés. Cette conception présente ainsi cette particularité d'avoir sa source dans l'échec des théories classiques, qui se sont toutes attachées à élaborer des critères de distinction en fonction de l'analyse matérielle des obligations résultant du contrat de louage de services, tel qu'il était défini par la combinaison des articles 1710, 1779 et 1780 du Code Civil. C'est de cette opposition de fond et non de forme, qui caractérise la conception moderne, que découlent ses avantages par rapport aux autres conceptions qui l'ont précédée.

1°) *L'insuffisance des critères tirés du contrat de travail.*

Les auteurs classiques distinguent le contrat de travail des contrats voisins par l'analyse juridique des modalités particulières qui affectent les obligations des parties.

La nature du contrat dépend en principe, soit de l'objet de la convention, soit de la personne du contractant, c'est-à-dire des éléments inhérents

au contrat, qui seuls permettent de déterminer la commune intention des parties. Ce système d'interprétation, fidèle au principe de l'autonomie de la volonté, s'avère néanmoins insuffisant pour déterminer d'une façon formelle si l'on est ou non en présence d'un contrat de travail. Le critère fondé sur le caractère de la prestation de travail oppose le louage de travail au louage de services : l'entrepreneur promet un résultat, le produit de son travail, alors que le salarié s'oblige à une action et non à une œuvre, à une obligation de diligence pendant un temps déterminé, donc à une obligation de moyen. Cette distinction n'est plus déterminante aujourd'hui : de nombreux ouvriers exécutent des travaux à la tâche et se voient qualifier d'entrepreneurs bien que liés en fait par un contrat de travail.

Cette conception fut reprise par M. Planiol notamment, sous une forme différente, en s'attachant au critérium du mode de rémunération : le contrat de travail impliquerait un salaire proportionnel au temps et non une rétribution déterminée en fonction de l'ouvrage accompli, qui est la prestation versée à l'entrepreneur. Elle appelle, comme la précédente et pour des raisons identiques, les mêmes observations. Le développement des formes modernes de rémunération du travail salarié destiné à l'accroissement de la productivité : primes de rendement, salaire aux pièces, où le prix du travail est subordonné à la vérification de la quantité et de la qualité du travail fourni, ne peut avoir pour conséquence de modifier la nature du contrat, qui demeure un contrat de travail, ni le caractère de la convention, qui peut être indifféremment d'une durée déterminée ou indéterminée.

Une simple modification de forme de rémunération ne doit pas être de nature à changer la qualification du contrat. L'absence ou non de rémunération n'est pas non plus un critère permettant de distinguer le mandat du salariat puisque le mandataire peut, par une clause contraire de la convention, stipuler à son profit le dédommagement de son temps et de sa peine. L'objet du contrat de travail est également dans ce domaine non déterminant ; dans la vie moderne, l'exercice d'une activité juridique pour le compte d'autrui, par exemple celle des voyageurs de commerce, n'est pas incompatible avec le contrat de travail. La Société d'Etudes Législatives mit à son ordre du jour en 1905, un projet de loi sur le contrat de travail, et retint une autre définition : il y aurait contrat de travail toutes les fois que le travailleur traite avec un employeur professionnel, contrat d'entreprise toutes les fois qu'il fait des offres de travail au public » (1). Cette distinction n'a pas pénétré dans notre droit, étant donné son imprécision. Elle est valable pour les membres des professions libérales qui offrent leurs services à une clientèle, mais elle aboutit à des résultats inattendus ; le critère proposé confère la qualité d'entrepreneur aux « employés » de maison qui travaillent pour de simples particuliers. Aucun de ces éléments de distinction n'étant à l'abri de la critique, la Cour de Cassation

(1) A. Rouast : Le contrat de travail et la loi sur les assurances sociales. *Sem. Jurid.* 1929, p. 329. (Art. 1^{er} al. 2 du projet de loi.)

a toujours refusé de les consacrer et très tôt a admis que l'état de subordination purement juridique — elle entendait par-là le droit de l'employeur de donner des ordres et des instructions — était « l'élément essentiel du louage de service ».

La jurisprudence s'attache donc aux conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur pour définir le contrat liant les parties.

Mais la notion de dépendance physique, au contenu trop restrictif, se révèle d'une application délicate dans de nombreux domaines. Les travailleurs à domicile exécutent la tâche qui leur est confiée sans surveillance ; le contrat de travail est donc exceptionnel pour eux dès lors qu'on exige non seulement un contrôle et une vérification de la remise de l'ouvrage, mais aussi que les ordres portent sur l'exécution du travail, laquelle n'est pas toujours laissée à l'initiative du travailleur. Les représentants de commerce accomplissent souvent leur mission en pleine autonomie sans que l'employeur arrête leurs heures de travail, les moyens d'exécution ; ils organisent à leur gré les tournées, et leur mode de rémunération à la commission n'est que la contre-partie de la liberté dont ils jouissent dans leur travail.

Non assujettis juridiquement à la maison qu'ils représentent, la qualification de contrat de mandat s'impose dans la plupart des cas. A leur situation s'apparente celle des agents d'assurances ou des gérants de fonds de commerce, ou de société à succursales multiples : leur condition juridique examinée sous l'angle de la subordination juridique définie par la jurisprudence, est celle de mandataires, puisqu'ils disposent dans l'exercice de leur activité, d'une large indépendance et sont rémunérés par des commissions sur les recettes. Aussi pour dépasser l'analyse traditionnelle du contrat de louage de service, qui écartait de nombreux travailleurs du bénéfice des lois du travail, une partie de la doctrine a pensé rattacher l'élément distinctif du contrat de travail à la notion de subordination économique.

II°) *Les mérites du critérium de dépendance économique.*

Les auteurs qui proposent ce critère de remplacement prennent en considération deux éléments qui se complètent. D'abord, ils retiennent la situation personnelle des parties contractantes sans se référer au contenu des obligations auxquelles elles sont tenues ; ils marquent ainsi que dans le contrat de travail le principe de l'égalité juridique masque le contenu réel de la convention, lequel se traduit au fond dans l'inégalité sociale des co-contractants.

Autre élément qui leur apparaît déterminant et qui était en germe dans les autres théories jusqu'alors proposées : dans le contrat de travail, le salarié ne supporte jamais le risque économique de son activité ; cette double idée est affirmée implicitement par la formule de M. Paul Cuche : « dans le contrat de travail, le salarié est la partie contractante qui fournit le travail, l'autre partie, celle qui rémunère le travail et en tire profit, s'appelle l'employeur » (1).

(1) P. Cuche, *op. cit.*, D.H. 1932, p. 101.

L'état de dépendance résulterait donc, non d'une autorité exercée par l'une des parties sur l'autre, mais de leur condition sociale inégale. C'est en fonction de circonstances de fait que la nature du contrat se modifie. Il existe dans notre arsenal juridique d'autres institutions, par exemple la théorie de l'abus de droit, qui ont pour fondement des éléments de fait. Dans les rapports du travail, un de ces éléments qui est déterminant pour qualifier le contrat, écrit M. Cuche, c'est « l'inégalité de puissance entre les hommes » (2). M. Savatier reprend la même idée : l'entrepreneur serait celui qui est assez fort pour traiter d'égal à égal avec celui qui lui donne l'ouvrage ; l'employé lié par un contrat de travail serait au contraire celui qui est sous la dépendance d'un patron, même s'il ne lui est pas effectivement subordonné. L'entrepreneur traite avec le donneur d'ouvrage en homme capable de travailler et de vivre sans lui, alors que l'ouvrier en louant ses services s'en remet à son maître pour ses moyens d'existence (3). Le même auteur, en note de l'arrêt de la Cour de Poitiers du 5 décembre 1923, n'hésite pas à formuler un principe général : « toutes les fois qu'un rapport de droit est fondé sur la condition sociale des parties, c'est cette condition sociale de la personne qui doit servir de critérium à son application plus que les caractères juridiques du contrat intervenu » (4).

Le salarié n'est donc pas seulement celui qui loue ses services, mais celui qui dépend économiquement d'un maître : dès lors, le travailleur à domicile, le représentant, le gérant de succursale pourront se prévaloir de cette qualité car, dans les faits, leurs moyens d'existence se rattachent aux donneurs d'ouvrage, ou à la personne pour le compte de laquelle ils exercent leur activité.

Cependant, l'idée de dépendance économique, ainsi analysée, demeure encore trop vague pour permettre une qualification suffisante du contrat de travail. Un autre élément permet d'en préciser le contenu : la notion d'*assumptio* du risque traduit très exactement la faiblesse économique du salarié qui loue ses services en contrepartie d'une rémunération qui, par son caractère alimentaire, se distingue des « pertes ou profits », résultat aléatoire d'une activité indépendante. La personnalité du salarié et de l'employeur sont différentes : « celui-ci a l'habitude en définitive d'être à ses risques et périls » (5), parce qu'il fait des opérations pour son compte personnel, en toute indépendance ; son co-contractant ne répond jamais des dettes de l'entreprise ; il ne supporte pas les risques de son activité, ayant d'avance engagé *au profit d'autrui* sa force de travail.

Cette analyse se vérifie à propos des réformes profondes de structure dont l'objet est la création, au sein de l'entreprise, d'une co-existence du capital et du travail, en vue de concrétiser dans les faits cette

(2) *Idem.*

(3) Cass. Crim., 13 janv. 1922, D.P. 1923 I 25. Note Savatier.

(4) Cour d'appel de Poitiers, 5 déc. 1923, D.P. 1924 2. 73. Note Savatier.

(5) R. Savatier, Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie, *D.H.* 1934, p. 37.

communauté de travail souhaitée par certains sociologues, moralistes, économistes et juristes. Cette construction nouvelle qui tend « à la répartition des profits entre le capital et le travail se heurte à une difficulté : la question de la participation aux pertes. On voit mal comment les salariés pourraient supporter éventuellement une telle charge » (6). Le salarié se distingue ainsi nettement de l'associé et ne peut, pour cette seule raison, s'élever au rang d'associé, même lorsqu'il participe aux bénéfices (7). L'acceptation des risques est exclusive de son statut juridique. L'entrepreneur, comme le mandataire, est indépendant dès lors qu'il est à son compte, à « ses risques ». C'est par une interprétation analogue que certains auteurs ont cherché à expliquer le fondement de la responsabilité de l'article 1384 al. 3, du Code Civil : « N'admettant aucune preuve contraire, la responsabilité des maîtres et commettants tient moins, au fond, à une présomption de faute qu'à la prise en charge des risques du travail de ses subordonnés par le patron dans la dépendance économique duquel ils travaillent » (8). Aussi la jurisprudence considère d'une façon générale que le mandat, comme le louage d'ouvrage n'implique pas nécessairement un rapport de commettant à préposé (9).

Tel est le contenu de l'idée de dépendance économique examinée sous ces deux aspects complémentaires ; on conçoit aisément que cette construction juridique en dépit de ses avantages manque de précision et laisse subsister trop d'incertitude pour permettre une délimitation du contrat de travail des autres contrats d'activité. Aussi, est-elle accueillie avec défaveur par la majorité de la doctrine.

B. — L'ASPECT NÉGATIF DU CRITÉRIUM ÉCONOMIQUE ET LES OBJECTIONS SOULEVÉES.

On lui oppose des objections de droit et des arguments de fait. En se référant à la condition sociale des parties, pour déterminer la nature d'une convention, on déroge d'abord au principe général d'interprétation des contrats, défini par le droit privé français : on fait état d'un élément étranger à la convention. C'est ainsi que l'on relève que l'article 1799 du Code Civil confère la qualité d'entrepreneurs à ceux qui « font directement des marchés à prix ». La personne des contractants est bien indifférente à la qualification du contrat (10). Un commerçant, en raison de la structure du marché ou de l'état de la conjoncture, est obligé de s'approvisionner à tel fabricant qui dispose d'un monopole de fait : il est dans une position économique d'infériorité ; mais les contrats qu'il passe dans ces conditions demeurent des contrats d'entreprise. Le

(6) Brun et Galland, *Traité de Droit du Travail*, pp. 292 et 293.

(7) Ch. Sociale 15 juil. 1943 ; J.C.P. 1944. II 2514, Note Bastian.

(8) R. Savatier, note s/Arrêt, Ch. Crim. 13 janv. 1922, D.P. 1923. I. 5.

(9) Ch. Crim. 9 janv. 1931, D.P. 1931, I. 171. Note Dallant.

(10) Brun et Galland, *op. cit.*, p. 232.

sous-entrepreneur peut être en état de faiblesse économique à l'égard de l'entrepreneur principal qui lui confie l'exécution d'une part des travaux en tant que sous-traitant. Seule, la recherche de la commune intention des parties (art. 1156 du Code Civil) permet de répondre sur le caractère donné par l'accord de volonté aux rapports contractuels, et de définir s'il y a contrat de travail ou contrat d'entreprise. Si modeste que soit sa condition sociale, un travailleur peut conclure un contrat d'entreprise (11).

L'idée de risque est elle-même insuffisante sur le plan de la théorie juridique. Le salarié ne supporte-t-il pas indirectement une partie des risques de l'entreprise, notamment en cas de chômage économique ? Son sort est, bon gré, mal gré, lié intimement à la situation de son maître ; le représentant, l'agent d'assurance rémunérés à la commission voient leur situation s'appauvrir ou prospérer selon l'état des affaires et la marche de la maison qui les emploie. Cette intime solidarité qui se crée au sein de l'entreprise entre le capital et le travail dénote qu'une activité subordonnée n'est pas exempte de tous risques économiques.

Enfin, considération de caractère général mais encore plus déterminante pour la plupart des auteurs et faisant appel à un élément de fait : les frontières de la dépendance économique sont trop floues pour établir une suffisante démarcation entre le travailleur subordonné et le travailleur indépendant. « Il est malaisé de savoir où commence et où finit la dépendance économique » écrivent MM. Brun et Galland qui ajoutent : « si on en développait toutes les conséquences, on serait conduit à attribuer la qualité de salarié à tous les Français, en raison de la solidarité économique qui existe nécessairement entre les membres d'une même nation » (12). M. Lyon-Caen considère, de son côté, que « ce critère de remplacement ne saurait être retenu... car seul le critère de subordination juridique permet de rendre compte de ce qu'il y a de spécifique dans le contrat de travail. L'erreur serait de vouloir donner au contrat de travail les mêmes contours qu'au droit du travail en général » (13).

L'auteur met ainsi l'accent sur la nécessité d'un abandon de la conception individualiste et libérale, qui faisait du droit du travail le droit qui régit le contrat de travail. Il est curieux, cependant, d'observer que cette tendance à l'abandon des solutions contractuelles est l'œuvre du législateur qui fait appel à l'idée de dépendance économique pour déterminer les personnes soumises au Droit du Travail et de la Sécurité sociale. Bien que rejeté par la Doctrine et la Jurisprudence, le critérium social comporte dès lors certains effets juridiques dont il convient de préciser l'étendue.

(11) Durand et Vitu, *op. cit.*, p. 242.

(12) *Op. cit.*, II, 35, p. 236.

(13) Lyon-Caen, *Manuel de Dt du Travail*, *op. cit.*, p. 183.

SECTION II

LES EFFETS JURIDIQUES DU CRITERIUM ECONOMIQUE

Sans faire état de la notion de dépendance économique pour définir ce qu'il faut entendre par « salarié » au sens de la législation du Travail et de la Sécurité sociale, de nombreux textes législatifs s'inspirent toutefois, plus ou moins consciemment, de cette acception pour élargir le champ d'application de la protection sociale. Le terme de travailleur subordonné, dépouillé de son interprétation purement juridique, prend une signification sociale et économique. Faisant abstraction de l'acte juridique qui lie les parties contractantes uniquement pour définir les rapports du travail, la loi en vient à prendre en considération la personne qui fournit le travail et sa condition sociale ; au fond, la question se pose dans ce domaine sous un angle différent : il faut déterminer celui qui a besoin d'être protégé, « *l'économiquement faible* ». Et la nature du contrat passé importe moins ici que la situation économique du travailleur parce que l'intention du législateur est de faire œuvre sociale plus qu'œuvre juridique. La dépendance économique apparaît comme un procédé technique permettant de « délimiter deux catégories d'individus, ceux qui sont les maîtres et qui n'ont pas besoin d'être protégés par la loi, et ceux qui, en fait, n'ont pas de pleine indépendance et pour lesquels une protection législative s'impose » (14).

Il se produit ainsi un nouveau phénomène d'objectivation du droit : la subordination au lieu d'être appréciée en fonction de sa cause, l'acte juridique duquel elle découle, s'inspire au contraire des conséquences de cet acte quant à la personne du travailleur. La personne prime l'acte car c'est elle qu'il faut secourir. On assiste à ce bouleversement : le social emporte le juridique.

Cédant à la pression des revendications sociales formulées par un grand nombre de personnes qui ne sont pas nécessairement unies à leur employeur par un véritable contrat de travail et qui sollicitent le bénéfice des règles ou avantages concédés par le Droit Social aux salariés proprement dits, le législateur leur confère de plein droit, dans certaines conditions, la qualité de travailleur « subordonné », en considération de leur situation économique et non de la situation juridique.

Il réalise cette mutation en substituant à la notion juridique de contrat de travail des procédés formels d'identification. Cette tendance à la diffusion des statuts sociaux à certains travailleurs juridiquement indépendants conserve, dans le Droit du Travail, un caractère et une portée relativement limités ; le législateur ne réserve l'extension de tout ou partie des dispositions applicables aux salariés qu'à des catégories sociales

(14) A. Rouast, La notion de contrat de travail et la loi sur les assurances sociales, *J.C.P.* 1929, p. 329.

bien définies. En revanche, dans le droit de la Sécurité sociale, les phénomènes de mutation se réalisent avec une ampleur bien plus considérable : la loi sociale affirme en principe que la qualité de « salarié » dérive, non d'une situation juridique mais d'une circonstance de fait : *la simple relation d'employeur à employé*.

L'objectivation de l'idée de subordination se réalise suivant des dimensions différentes dans les deux branches du Droit social : elle est plus prononcée dans le Droit de la Sécurité sociale, peut-être parce que la qualité « d'assujetti obligatoire » confère aux intéressés un avantage, le droit au salaire social, le droit à la sécurité de la rémunération, qui, dans l'esprit de ces éventuels bénéficiaires, apparaît comme un facteur d'amélioration de leur condition sociale combien plus immédiat et plus appréciable que les avantages résultant des règles protectrices du Droit du Travail.

Il s'ensuit une seconde observation capitale : dans la législation des assurances sociales et des accidents du Travail c'est le principe de l'unité des droits qui prévaut. Les « salariés assimilés » sont soumis au même régime juridique que les « salariés » et jouissent des mêmes prérogatives ; au contraire le Droit du Travail contraste par son caractère diversifié : l'extension des règles applicables aux salariés est placée sous le signe de l'adaptation, notamment par l'élaboration progressive de statuts professionnels.

A. — DANS LE DROIT DU TRAVAIL.

Les dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés ne sont étendues qu'à certaines professions : les travailleurs à domicile, les journalistes, les concierges, les représentants, les agents d'assurances et les gérants de succursales. Pour chaque catégorie, la loi établit un statut particulier définissant de façon stricte les personnes qui y sont soumises et dont le contenu est variable d'une profession à l'autre. Ce caractère fragmentaire des statuts quant aux matières qu'ils saisissent et quant aux personnes qu'ils protègent est marqué par une double évolution.

D'abord une tendance se dessine vers une objectivation de plus en plus prononcée de l'idée de subordination ; le législateur assouplit les conditions imposées pour pouvoir bénéficier du statut légal de sorte que le cercle des bénéficiaires tend à s'élargir et à englober dans une définition très large toutes les personnes exerçant la profession visée par le statut. Cette présomption de salariat confirme *la reconnaissance de la dépendance purement économique comme critère d'appartenance au statut professionnel*.

Deuxième orientation : l'aménagement de règles spécifiques à ces professions avait à l'origine pour objet de n'accorder aux membres relevant de chaque statut que certains avantages propres aux salariés. Les dispositions du Code du Travail ne leur étaient pas intégralement applicables ; l'assimilation à des salariés demeurerait incomplète. La loi tend aujourd'hui de plus en plus à atténuer ce particularisme et à rétablir un fond commun

de règles juridiques : *l'intégration de ces groupes sociaux dans la famille des salariés* et l'unification des régimes juridiques applicables aux uns et aux autres représentent le sens de la nouvelle ligne d'évolution qui s'ébauche, mais qui est loin toutefois d'être achevée.

1°) *La création de statuts professionnels et l'existence d'une assimilation partielle aux salariés.*

L'aménagement de véritables statuts professionnels répond au souci du législateur de résoudre le conflit entre la dépendance économique et la subordination juridique en instituant des conditions objectives qui, s'inspirant de près ou de loin du critérium économique, permettent d'étendre le champ d'application du Droit du Travail.

a) *L'élaboration progressive des statuts.* La loi du 29 mars 1935 (Art. 29 a du livre I du Code du Travail) attribue la qualité de salariés aux journalistes professionnels qui « ont pour occupation principale et régulière l'exercice de cette profession dans une publication quotidienne ou périodique éditée en France ou dans une agence française d'information et « tirent le principal des ressources nécessaires à leur existence » de leur activité journalistique. La loi assimile aux journalistes professionnels les correspondants travaillant en France ou à l'étranger, recevant des appointements fixes et répondant aux conditions précédentes, ainsi que les collaborateurs directs de la rédaction (rédacteurs, traducteurs, reporters photographes) etc... qui apportent un concours direct et régulier, et non occasionnel, à un journal.

De même les conventions conclues entre les concierges et propriétaires d'immeubles à usage d'habitation sont placées sous le régime du contrat de travail depuis la loi du 13 janvier 1939 et le règlement d'administration publique du 10 août 1939, la fourniture du logement représentant une forme de rémunération en « nature » et le travail fourni par le concierge étant l'objet principal du contrat.

La loi du 18 juillet 1937 institue également un véritable statut professionnel des voyageurs, représentants et placiers de commerce, incorporé dans le Code du Travail (art. 29 K à 29 R du livre I). L'originalité du texte est de définir impérativement les bénéficiaires du statut en fonction de procédés formels d'identification : il marque l'abandon des anciennes solutions jurisprudentielles qui, faisant état de la subordination juridique, ne confèrent pas la qualité de salariés aux représentants au service de plusieurs maisons, et jouissant de la liberté dans l'accomplissement de leur mission.

L'exercice de la profession n'entraîne pas nécessairement le bénéfice de plein droit des dispositions générales du Code du Travail et du statut spécial contenu dans les articles 29 K à 29 R. Certaines exigences doivent être remplies pour pouvoir invoquer l'application du statut professionnel de la loi du 18 juillet 1937 : le représentant doit être au service d'un industriel ou d'un commerçant, exercer sa profession de façon exclusive et constante, ne pas effectuer des opérations pour son compte personnel ; enfin, le contrat doit préciser l'activité du représentant quant

aux marchandises à vendre, à la région à prospecter, aux taux de rémunération ou commissions. La loi écarte donc les non professionnels de la représentation, ceux qui sont inscrits au Registre du Commerce ou à la patente, et ceux dont la représentation a pour objet la « prestation de service ». La Cour de Cassation, dans une jurisprudence constante, a même accentué le formalisme juridique de la loi de 1937 en considérant que la clause interdisant au représentant de faire des opérations pour son propre compte doit figurer expressément au contrat : il faut donc s'attacher au texte de la convention pour déterminer si les exigences légales sont remplies et non aux conditions de fait dans lesquelles est exercée réellement l'activité de représentation (15).

Un arrêt du 27 janvier 1955 exige que le contrat contienne l'obligation pour le représentant « d'exercer sa profession d'une façon constante et exclusive » (16). La doctrine relève que ces solutions sont en contradiction avec les analyses de la Cour de Cassation qui décident que l'article 29 K résultant de la loi du 18 juillet 1937 impose la rédaction d'un écrit, non comme condition d'application du statut, mais « en vue de faciliter en la matière l'administration de la preuve » (17). Il résulte donc de la loi du 18 juillet 1937 et de cette jurisprudence contradictoire, qu'un nombre important de représentants sont exclus du bénéfice du Droit du Travail et du statut spécial, dès lors que les quatre séries de conditions ne sont pas mentionnées expressément au contrat. En revanche, à défaut de contrat écrit, ils resteront soumis au droit commun : la présomption de salariat ne jouera plus et il leur faudra, soit apporter la preuve que les conditions du statut sont effectivement réunies, soit apporter la preuve de l'existence d'un lien de subordination juridique ; dans cette dernière hypothèse, ils ne relèveront pas du statut professionnel, mais les règles générales du Code du Travail leur seront applicables. Ces difficultés sont à l'origine de la loi du 7 mars 1957, marquée par l'abandon du formalisme.

Formalisme que l'on retrouve, moins accentué, mais pour des raisons identiques lorsqu'on examine le statut des travailleurs à domicile. Le législateur s'est efforcé de définir leur condition juridique, en raison des abus auxquels ils étaient soumis. Attachée au critère traditionnel du contrat de travail, la Cour de Cassation rendait, de surcroît, inopérante à leur égard, la protection des lois du travail, les ouvriers à domicile étant en général placés hors du contrôle du donneur d'ouvrage.

La loi du 1^{er} août 1941, faisant abstraction de la notion de dépendance juridique, les traite comme des salariés dès lors qu'ils remplissent un certain nombre de conditions objectives : l'ouvrier doit accomplir chez lui un travail à la tâche, pour le compte d'une « entreprise » industrielle, commerciale ou artisanale, et ne recevoir aucun concours si ce n'est l'aide de son conjoint ou de ses enfants ou d'un auxiliaire salarié (art. 33, livre 1 du Code du Travail). Cependant, malgré cette définition très

(15) C. Soc. 29 mars 1946, *J.C.P.* 1946, IV, 75 ; C. Soc. 25 janv. 1946, *J.C.P.* 1946, II, 3336, Note Poplawski.

(16) Arrêt du 27 janvier 1955, *I.C.E.*, 1955, p. 1 026.

(17) Cass. Soc. 12 mars 1942, *J.C.P.* 1942, II, 1952, Note P. Paillot.

large qui se réfère uniquement à la notion de relation de travail, la jurisprudence a marqué, comme pour les représentants, sa préférence pour l'idée de subordination juridique : elle a refusé d'admettre la compétence du Conseil des Prudhommes pour se prononcer en délivrance d'un certificat de travail dans une espèce où le travailleur à domicile n'était pas placé sous la subordination du donneur d'ouvrage.

En outre, la loi du 1^{er} août 1941, à la différence de la loi du 18 juillet 1937, n'a pas réalisé une assimilation complète des travailleurs à domicile aux autres salariés.

b) *L'absence d'une assimilation totale aux autres salariés.* Si, par leur objet, les statuts professionnels ainsi élaborés tendent à élargir le champ des bénéficiaires de la protection légale, en revanche, on constate que des différenciations subsistent à certains égards : la loi confère la qualité de salariés aux intéressés, mais ne leur garantit pas pour autant l'application de plein droit de toutes les dispositions législatives ou réglementaires du Droit du Travail. Parfois, le statut confère des avantages équivalents ou même supérieurs au droit commun ; parfois, il se borne à édicter des règles protectrices spécifiques à telle ou telle matière de la législation ouvrière.

1) *Les statuts professionnels instituant l'égalité de traitement.* La loi du 18 juillet 1937, relative aux représentants de commerce et celle du 29 mars 1955, portant statut des journalistes rendent applicables l'ensemble du Droit du Travail aux personnes qu'elles régissent. Ces textes édictent également des règles protectrices particulières à ces professions. Les journalistes bénéficient d'une juridiction professionnelle spécialisée, véritable commission arbitrale, qui statue sur les conflits individuels du travail et dont les décisions souveraines échappent au contrôle de la Cour de Cassation sans pour autant nécessiter une ordonnance d'exéquatur pour acquérir la force obligatoire ; quant aux représentants, le droit à une indemnité de clientèle leur est expressément reconnu en cas de rupture de contrat imputable à l'employeur ; indemnité que la Cour de Cassation analyse comme une simple indemnité de résiliation bien que la doctrine ait soutenu l'idée de droit incorporel du représentant sur la clientèle (18).

2) *Les statuts professionnels à caractère partiel.* En revanche, les autres régimes se révèlent nettement inférieurs à ceux du droit commun. C'est le cas des travailleurs à domicile pour lesquels la loi du 1^{er} août 1941 ne prévoyait que la mise en œuvre des mesures protectrices du salaire, et le paiement d'une indemnité de congés payés réglée lors de chaque paye.

Les règles du droit du travail ne leur étaient donc pas applicables et un texte spécial, l'arrêté du 8 juin 1945, est intervenu pour étendre à leur profit les dispositions de l'ordonnance du 22 février 1945, relative aux Comités d'entreprise.

(18) Cour de Cass. 6 juillet 1939. D.C. 1941, J. 33. G. Ripert ; *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce*, D.H. Chr. 1939, pp. 1 et suiv.

Il en est ainsi, également, des agents d'assurances et des gérants de succursales. La loi du 25 avril 1946, portant nationalisation de certaines sociétés d'assurances, a confié le soin au Conseil National des Assurances d'élaborer des règlements professionnels ; deux statuts ont été seulement institués : l'un concerne les agents des branches incendie, accidents et risques divers (décret du 5 mars 1949), l'autre les agents-vie (décret du 28 décembre 1950). Il ne s'agit donc que d'accords particuliers. Ces textes confèrent au contrat liant les agents aux Compagnies un caractère « sui généré », participant du louage de service et du mandat. Une seule règle du Code du Travail est applicable à tous les agents d'assurances : depuis la loi du 16 décembre 1927, les dispositions de l'article 23 en cas de rupture de contrat.

De même, la loi du 21 mars 1941 portant statut des gérants de succursales procède à une distinction : les dispositions du livre II du Code du Travail ne sont applicables à leur chef d'entreprise, que si celui-ci a établi ou approuvé le règlement intérieur de la succursale ; en revanche, à l'égard du personnel placé sous leurs ordres, ils remplissent les fonctions de chef d'établissement s'ils disposent de toute liberté en matière d'embauchage, de licenciement et de fixation des conditions de travail. Les gérants sont ainsi tantôt des salariés, tantôt des chefs d'entreprise.

Ainsi, dans le droit du travail, la qualité de salarié, au sens traditionnel du mot, n'est pas conférée à tous les travailleurs économiquement dépendants (19). Des textes récents annoncent cependant une transformation de certains statuts professionnels en vue de réaliser une assimilation plus complète des personnes qu'ils visent à la famille du salariat stricto sensu.

II°) Le maintien des statuts professionnels et l'évolution vers une assimilation plus complète.

Cette nouvelle orientation se manifeste à propos des représentants et des travailleurs à domicile dont les statuts professionnels sont aménagés par les lois des 7 mars et 26 juillet 1957, dans le dessein de tenter leur intégration, sinon totale du moins plus parfaite, dans la catégorie des salariés. Le législateur, soucieux de supprimer les contestations nées des textes, au contenu trop restrictif, place son intervention sous un double signe : l'abandon du formalisme juridique et la disparition des différenciations existantes. Le particularisme des statuts juridiques s'estompe et l'intérêt de leur maintien ne découle plus que de la nécessité de prévoir les règles susceptibles d'apporter une définition juridique précise dans chaque cas d'espèce.

(19) La loi du 13 mars 1937 sur l'organisation de l'industrie des taxis ne pose pas comme principe que les chauffeurs de taxi sont des salariés mais décide que les prescriptions du Code du Travail leur sont applicables s'ils ne sont pas eux-mêmes propriétaires de la voiture qu'ils conduisent ou s'ils n'effectuent pas leur travail à leurs risques et périls (C. Soc. 18 déc. 1947 ; J.C.P. 1949. 4644).

a) *L'abandon du formalisme juridique.*

L'un des traits originaux de la loi du 7 mars 1957 portant réforme du régime des « V.R.P. » (20) est d'élargir l'application du statut à un plus grand nombre de représentants. Cette extension se traduit dans les articles 29 K et 29 L modifiés du Code du Travail dont les exigences imposées pour avoir la qualité de salarié sont atténuées : « Les conventions dont l'objet est la représentation, quelle que soit la qualification qui leur est donnée par les parties, intervenues entre les voyageurs, représentants ou placiers... d'une part, et leurs employeurs — qu'ils soient industriels, commerçants ou non — d'autre part, sont, *nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence*, des contrats de louage de services... » (art. 29 K).

Le texte apparaît comme une illustration du critère retenu autrefois par la Société d'Etudes Législatives qui considérait comme contrat de travail tout contrat passé avec un employeur, tout en refusant cette qualification à l'offre de travail faite au public (21). Il n'est donc plus nécessaire que l'employeur soit commerçant ou industriel ; il suffit que l'objet de la convention soit la « représentation ». Dans le même sens, l'article 29 K n'exige plus que cette représentation porte sur des « marchandises à vendre » ; l'activité du représentant peut désormais s'étendre aux « prestations de services » et aux « marchandises offertes à la vente ou à l'achat ».

Les autres critères relatifs à l'exercice de la profession d'une façon exclusive et constante et à l'interdiction de faire « des opérations pour son compte personnel » sont maintenus. La loi entend ainsi écarter les non professionnels et ceux qui, exerçant leur activité à leurs « risques et périls », feraient figure de simples mandataires ; mais, en contrepartie, l'article 29 K condamne la tendance formaliste de la Cour de Cassation et étend l'application du statut à toute personne qui remplit en fait les conditions de la loi. En effet, la qualification de contrat de louage de services prévaut « *nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence* » ; dès lors, les juges du fond devront se référer non au texte de l'accord mais à la situation de fait. Si la convention laisse toute liberté au représentant de faire les opérations pour son propre compte, il relèverait néanmoins du statut lorsqu'il n'use pas de cette faculté. Au contraire, l'absence de clauses interdisant, soit l'exercice d'une autre profession, soit l'accomplissement d'opérations, commerciales personnelles (article 29 K Alinéa 1), ne peut faire obstacle à l'application de la loi.

Telle est bien la situation nouvelle puisque aux termes de l'article 29 L « *en l'absence de contrat écrit, les personnes exerçant la représentation sont présumées être des voyageurs, représentants ou placiers* ». A la présomption de mandat fait place une présomption de salariat qui aboutit à un renversement de la charge de la preuve contraire au profit

(20) C.H. Camerlynck, La nouvelle définition du représentant de commerce statutaire, *J.C.P.* 1957, I, 1369.

(21) Durand et Vitu, *op. cit.*, p. 238.

du représentant : l'employeur devra démontrer, s'il veut échapper aux obligations du statut, que les exigences légales ne sont pas remplies.

La loi du 26 juillet 1957 appelle des remarques similaires au sujet des travailleurs à domicile, lesquels jouissent désormais d'un véritable statut professionnel comme l'indique le titre même de la réforme. Une définition précise, mais beaucoup plus large que celle de la loi du 1^{er} août 1941, permet un élargissement du cercle des bénéficiaires ; il résulte des dispositions combinées des articles 33, 33a et 33b nouveaux du livre I du Code du Travail, que la protection légale est accordée à « *tout travailleur exécutant chez lui, seul ou avec le concours d'un auxiliaire, de son conjoint ou de ses enfants à charge, au sens fixé par l'article L 285 du Code de la Sécurité sociale, le travail confié par un donneur d'ouvrage, lui procurant les matières premières, moyennant une rémunération forfaitaire* » (22).

Peu importe la qualité du donneur d'ouvrage qui, aux termes de la loi, doit être un *chef d'établissement*, ce qui exclut, comme en matière de contrat de représentation, les offres faites au public, c'est-à-dire à des particuliers : « Est soumis aux dispositions de la présente section, tout chef d'établissement industriel, artisanal ou non, commercial ou agricole, de quelque nature que soit l'établissement intéressé, qu'il soit public ou privé, laïque ou religieux, même s'il a un caractère d'enseignement professionnel ou de bienfaisance... » (nouvel article 33 b). L'employeur n'est plus nécessairement un *chef d'entreprise* comme le stipulait la loi du 1^{er} août 1941, mais un *chef d'établissement*. La notion est, d'une part, plus large que celle de la loi du 7 mars 1957, puisque le donneur d'ouvrage peut être un non professionnel du travail à domicile. D'autre part l'idée « d'établissement » définit dans la terminologie juridique une unité technique, alors que l'entreprise est une unité économique de production ; l'entreprise englobe plusieurs établissements ou se confond avec celui-ci (23). La loi du 26 juillet 1957 confère donc à la notion d'établissement des effets juridiques qui viennent concurrencer singulièrement la conception de « l'entreprise, sujet de droit naissant » (24).

Enfin, condition positive capitale, marquant « la subordination économique » le donneur d'ouvrage procure la matière première, soit directement soit par l'intermédiaire d'un fournisseur qu'il désigne.

b) *La disparition des différenciations de statut.*

Le nouveau régime des travailleurs à domicile comporte une innovation quant à ses effets juridiques. L'article 33 nouveau in fine du livre I du Code du Travail consacre, par une proposition générale et de principe, l'extension de la protection des lois du travail à tous ceux qui répondent aux conditions prévues : « Les travailleurs à domicile

(22) Voir C.H. Camerlynck : La nouvelle définition du travailleur à domicile. *Dt Social* 1958, p. 334 (adaptée en fonction de la loi du 27 juillet 1961 ayant rectifié l'art. 33 en ce qui concerne les personnes que le travailleur peut s'adjoindre dans l'exécution de sa tâche).

(23) Durand, *Traité* n° 336 et S. (T. I).

(24) Michel Despax, *L'entreprise et le Droit*.

bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés ». L'assimilation conduit ainsi à l'égalité de traitement. La protection est même renforcée, signe de la sollicitude du législateur, à l'égard d'une catégorie de travailleurs que la faiblesse de l'organisation professionnelle rend vulnérable : des garanties d'application du statut sont organisées ; des sanctions pénales et civiles prévues en cas de non respect des obligations légales.

Travailleurs à domicile, représentants, journalistes, s'intègrent de plus en plus dans la famille des salariés. Le phénomène prend une signification encore plus accentuée dans le droit de la Sécurité sociale où la tendance « intégrationniste » se révèle plus unitaire et plus profonde. C'est là un des aspects de la dissociation des deux branches du Droit Social qui suivent des voies certes parallèles, mais aux dimensions dissemblables.

B. — DANS LE DROIT DES ASSURANCES SOCIALES ET DES ACCIDENTS DU TRAVAIL.

Dans le cadre de cette étude, il ne peut être question de reprendre dans le détail toutes les phases de l'évolution qu'a subi le champ d'application des lois sur les assurances sociales et sur les accidents du travail. La matière, qui est vaste et complexe, est traitée, mieux que nous ne saurions le faire, sous tous ses aspects dans les ouvrages classiques (25). Notre ambition se borne à en tracer les grands traits pour essayer de dégager que le critérium économique est un moyen et non une fin, un procédé technique permettant de conférer la qualité d'« assujetti » à un plus grand nombre de personnes et partant de leur garantir la sécurité de leur rémunération ; nous pourrions ainsi, ultérieurement, montrer les dangers qu'une application trop libérale de ce critère comporte dans la mesure où elle entraîne une relativité des statuts juridiques, préjudiciable à l'équilibre juridique et social. Réservée à l'origine aux seuls « salariés », la législation des Assurances sociales d'abord, puis les textes récents sur la Sécurité sociale sont dominés par une orientation générale : l'extension du bénéfice de la protection sociale à tous ceux qui sont économiquement dépendants. La notion de « salarié » n'est plus retenue sous sa signification juridique ; elle acquiert un contenu très large par l'effet de deux séries de dispositions : le droit de la Sécurité sociale donne d'abord une définition générale et extensible de la qualité d'« assujetti obligatoire », fondée sur la simple notion de relation de fait existant entre employeur et employé.

Comme une telle définition est une source de nombreuses difficultés d'interprétation, en raison de son imprécision et de ses termes très généraux, les textes dressent ensuite une liste de personnes « assimilées » de plein droit aux salariés pour l'application de la loi. Et cette énumération, non limitative, s'accroît sans cesse de nouvelles catégories de bénéficiaires.

(25) Voir : *Droit de la Sécurité sociale*, Doublet et Lavau.

1°) *La définition extensive de la qualité de « salarié » au regard des Assurances sociales.*

La loi du 30 avril 1930 avait omis de définir son domaine d'application : « sont assujettis obligatoirement aux assurances sociales *tous les salariés* de l'un ou l'autre sexe... » L'administration précisa, dans une circulaire du 23 août 1930, que la qualité de salarié devait être reconnue à « tout travailleur qui se trouve placé en fait dans un rapport de subordination personnelle ou de *dépendance économique* à l'égard de la personne qui le rémunère ». Dans un série d'arrêts, la Cour de Cassation, fidèle à une doctrine bien établie, rejeta cette interprétation : « la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie » (26).

Elle entendait ainsi limiter au louage de services le domaine des Assurances sociales. La volonté de la loi de déborder le cadre juridique du contrat de travail s'exprime alors dans le décret-loi du 28 octobre 1935 (art. 1° par. 2) : « sont assurés obligatoirement *tous les salariés et d'une façon générale, toutes les personnes travaillant à quelque titre et en quelque lieu que ce soit pour un ou plusieurs Employeurs...* ».

L'ordonnance du 19 octobre 1945, dans son article 2, reprend cette définition en y ajoutant ce membre de phrase : « ...quels que soient le montant et la nature de la rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat » (actuel art. L 241 du Code de la Sécurité sociale).

Les textes paraissent ainsi consacrer la relation de travail comme critère d'assujettissement. Cependant, la Cour de Cassation, peu après le décret-loi du 28 octobre 1935, adopte une position plus nuancée en considérant que la notion de subordination juridique n'est écartée que dans le domaine des Assurances sociales : « ...La qualité de salarié en tant qu'elle implique un lien de subordination entre le travailleur et l'employeur n'est pas une condition indispensable de l'assujettissement aux Assurances sociales (27). »

Elle précise que, dans sa pensée, l'article 1^{er} du décret-loi du 28 octobre 1935, « requiert uniquement... que par un lien contractuel, quelles qu'en soient la forme et la nature, soit créé, entre le travailleur et celui pour lequel il travaille, le rapport de dépendance qui leur donne respectivement les qualités d'employé et employeur... ».

Notons que l'interprétation des tribunaux du fond se révèle encore plus libérale dans ses attendus : « la notion d'assuré obligatoire apparaît plus large que celle de salarié, ses éléments essentiels étant travail et salaire » (28) ; « par la généralité de sa rédaction, l'article 2 de l'ordonnance du 19 octobre 1945, paraît déborder le cadre étroit de contrat de

(26) CAES. Civ. 6 juil. 1931 ; D.P. 1931, I. 121, Note Pic ; Cass. Civ. 22 juin 1932 ; G.P. 1932, II. 3 92 ; Cass. Civ. 1^{er} août 1932 ; 5 Arrêts S.J. 1933. 176 ; Cass. Civ. 1^{er} mars 1933 ; S.J. 1933, 479.

(27) Ch. Civ. 25 nov. 1936. D.P. 1937, I. 89. Note Pic.

(28) 14 juin 1949 ; Com. 1^{re} Inst. Rouen, (B.J. 44-49 A. As. Rose).

louage de services... » (29) ; « à la condition originaire de « dépendance juridique » s'est substituée par la suite la notion de « dépendance économique » à laquelle on a d'ailleurs reproché d'élargir indéfiniment le domaine d'application de la loi » (30).

En matière d'accidents du travail, les textes suivent la même évolution. La loi du 2 avril 1898, même modifiée par la loi du 1^{er} juillet 1938, ne s'appliquait qu'aux salariés liés par un contrat de louage de services, que celui-ci soit valable ou non, conclu à titre d'essai ou d'apprentissage. Depuis la loi du 30 octobre 1946, la protection du risque professionnel couvre toutes personnes salariées, « ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ».

Prise dans son sens littéral, la formule équivaut à celle de l'art. 241 du Code de la Sécurité sociale, dès lors que la référence à l'existence d'un louage de services disparaît. Nous verrons, plus loin, qu'une partie de la doctrine et la jurisprudence ont voulu y attacher un tout autre sens et admettre comme probable, une survivance de la différenciation primitive opposant la législation des assurances sociales et celle des accidents du travail. Retenons pour l'instant le caractère très large de la définition légale du « salarié » et son fondement économique reconnu par MM. Rouast et Durand : « l'assujetti est l'individu qui dépend d'autrui pour la rémunération de son travail sans qu'il y ait à préciser s'il doit travailler ou non sous l'autorité de l'employeur » (31).

Nous en avons la confirmation dans la nécessité où se sont trouvés les auteurs de la loi de compléter cette définition en désignant nommément, à titre indicatif, certaines professions dont les conditions particulières de travail étaient susceptibles de donner lieu à controverses, devant l'attitude hostile de la Cour de Cassation. N'est-ce pas, indirectement, la preuve que la formule des articles L 241 et L 415 (Code de la Sécurité sociale) reste imprécise et que les critères de l'assujettissement à l'égard de la Sécurité sociale n'ont pas été encore dégagés avec rigueur et exactitude.

II°) *Les extensions légales de la notion du « salarié assimilé ».*

Dès le décret-loi du 28 octobre 1935, le gouvernement avait conféré de plein droit, sous certaines conditions, la qualité d'assuré obligatoire aux travailleurs à domicile, aux représentants de commerce, aux conducteurs de voitures publiques, aux porteurs de bagages, aux ouvrières des établissements de spectacles, et aux employés d'hôtels, cafés et restaurants. Exception faite de cette dernière catégorie, qui n'avait donné lieu à aucune contestation, et dont l'inclusion dans l'énumération de l'art. 1^{er} paragraphe 3 paraissait superflue, l'assujettissement des personnes exerçant ces professions avait soulevé de multiples difficultés, la Cour de Cassation recherchant dans chaque cas d'espèce si les circonstances de fait dans lesquelles s'exerçait leur activité faisait apparaître ou non un lien de

(29) Cn. Rég. d'App. de Montpellier : 9 mai 1952 (B.J. 38 52).

(30) Cn. 1^{re} Inst. Deux-Sèvres du 9 mai 1951 (G.P. 1951 2 281).

(31) Rouast et Durand, *Précis Dalloz*, Séc. Sociale n° 130, p. 229.

subordination personnelle (32). Pour couper court à ces controverses, le législateur, en 1935, précisa explicitement les catégories de personnes qu'il considérait comme « assimilées » aux salariés, pour l'application de la loi.

Mais l'œuvre législative restait imparfaite pour deux raisons : d'une part, de nombreux cas délicats se sont présentés, pour lesquels il fallait examiner, à défaut de contrat de travail, s'il y avait ou non subordination économique au sens de la formule générale de la loi ; d'autre part, en vue de préciser les conditions que devaient remplir les travailleurs, « énumérés par le décret-loi du 28 octobre 1935, pour prétendre à la qualité de salarié assimilé », les rédacteurs du texte avaient élaboré des critères formels susceptibles de définir les éléments de fait généralement admis pour conclure ou non à l'assujettissement. Cependant, les définitions ainsi établies se révélèrent peu de temps après en opposition, sinon en contradiction, avec celles données, pour les mêmes travailleurs, par les statuts des régimes professionnels qui se créaient dans le cadre du Droit du Travail proprement dit.

De sorte qu'une même personne pouvait être considérée comme « salariée » au sens du Code du Travail, se voir refuser cette qualification au sens de la législation des Assurances sociales et, à plus forte raison, être exclue de la réparation du risque professionnel, la loi de 1938 se référant toujours à la notion de « louage de service ».

Le travailleur était soumis à un statut à contenu variable selon la législation applicable.

Pris entre ces impératifs socio-juridiques : nécessité d'atténuer les disparités subsistant entre le Droit du Travail et le Droit de la Sécurité sociale et souci d'élargir la protection sociale aux travailleurs économiquement dépendants, le législateur fut amené à agir dans deux directions opposées : d'une part, à un remaniement incessant des textes relatifs aux « salariés assimilés » en vue de rétablir une certaine uniformité des règles juridiques applicables dans les diverses branches du Droit Social ; d'autre part, à allonger d'une manière assez conséquente la liste primitivement fixée, par l'adjonction de catégories nouvelles qui, admises au bénéfice de la Sécurité sociale, sont cependant, toujours étrangères au Droit du Travail, créant ainsi des différenciations nouvelles venant se substituer aux anciennes. Ce double mouvement contradictoire met une fois de plus en évidence les affinités et les oppositions qui caractérisent les deux branches du Droit Social en l'état actuel de nos institutions juridiques.

a) *La recherche d'une uniformisation des statuts sociaux.* Il convient de noter au préalable que les textes portant organisation de la Sécurité Sociale rétablissent l'égalité des conditions juridiques, tant à l'égard de la loi des Assurances sociales qu'à l'égard de la législation sur le risque professionnel. L'article 2 de la loi du 30 octobre 1946, (art. L 415 du Code de la Sécurité sociale) énumère désormais parmi les « salariés assimilés » les mêmes personnes que celles figurant à l'article L 242 du Code de la Sécurité sociale, à deux exceptions près :

(32) C. Cassation, 30 juin 1932, 1^{er} août 1932, 1^{er} mars 1933, 4 avril 1933.

les nourrices et gardiennes d'enfants, et les écrivains non salariés, exclus du droit à la réparation des accidents du travail. En revanche, la loi du 30 octobre 1946 donne une liste de bénéficiaires soumis aux seules dispositions de cette loi : les délégués à la sécurité, les ouvriers mineurs, les élèves des établissements d'enseignement technique (33), les pupilles de l'éducation surveillée et les détenus.

Réserve faite de ces cas particuliers, la notion de « salarié assimilé » a donc un contenu identique quant aux personnes que la Sécurité sociale protège à ce titre. Des divergences d'un tout autre ordre subsistaient encore pour deux catégories de travailleurs : les ouvriers à domicile et les représentants de commerce dont la définition, résultant du décret-loi du 28 octobre 1935, n'était pas identique à celle donnée par le Code du Travail. « Etaient assujetties en vertu de ce texte, reproduit littéralement dans l'ordonnance du 19 octobre 1945, les personnes travaillant à domicile *habituellement ou régulièrement*, pour le compte d'un ou plusieurs chefs d'entreprise ». La régularité du travail à domicile constituait donc une condition essentielle de l'assujettissement alors que la loi du 1^{er} août 1941 n'imposait pas cette exigence. La Cour de Cassation en tirait argument pour refuser la qualité de « salarié assimilé », lorsque le travail avait un caractère occasionnel ou « d'appoint » (34).

L'intervention de la loi du 26 juillet 1957, qui donne une nouvelle définition du travailleur à domicile et modifie l'art. 33 du Code du Travail, remet en cause les données du problème et obligea l'Administration à préciser sa position comme suit :

« Il paraît difficile de ne pas admettre que tous les travailleurs « à domicile, remplissant les conditions de l'article 33 du Livre I « du Code du Travail, modifié par la loi du 26 juillet 1957, relèvent « obligatoirement du régime général de la Sécurité sociale ».

Ledit article 33 ayant pour objet d'attribuer aux intéressés la qualité juridique de salariés, l'article L 241 du Code de la Sécurité Sociale devait recevoir sa pleine application et forcer la jurisprudence à revenir sur son interprétation restrictive (35). Sur ce point, l'unité de Droit Social est rétablie par l'ordonnance du 7 janvier 1959 qui, rectifiant l'article L 242 du Code de la Sécurité sociale, confère la qualité d'assuré social « aux travailleurs à domicile soumis aux dispositions des articles 33 et suivants du Livre I^o du Code du travail ».

La situation des voyageurs et représentants de commerce au regard de la Sécurité sociale suit la même évolution. Le décret-loi du 28 octobre 1935 les assimile à des salariés sous réserve « qu'ils ne soient *pas patentés* » et « *travaillent d'une façon habituelle et suivie* pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». La loi du 18 juillet 1937 s'est reportée expressément à ce nouveau régime en décidant que sont

(33) Sont soumis aux mêmes dispositions les mutilés du travail qui sont dans des centres de formation, de réadaptation ou de rééducation professionnelle et les personnes qui accomplissent un stage de rééducation professionnelle à d'autres titres.

(34) Arrêt du 9 mars 1938, arrêt du 26 nov. 1958, non publié. Un arrêt plus nuancé, toutefois, Cour de Cass. 7 nov. 1953 (B.J. 49. 1953).

(35) Lettre Minis. du 10 oct. 1957 (B.J. 43, 1957) Cour de Cass. du 25 mars 1958 (B.J. 28. 1958).

affiliés obligatoirement « les voyageurs et les représentants de commerce soumis aux dispositions de l'article 29 K et suivants du Livre 1^{er} du Code du Travail... »

Il en résulte donc une certaine unité de solution : le représentant « statutaire » sera de plein droit admis au bénéfice de la législation de Sécurité sociale. S'il ne remplit pas les conditions du statut, il lui incombe d'apporter la preuve que les circonstances de fait dans lesquelles il exerce sa profession attestent de l'existence d'un lien de subordination d'employeur à employé, au sens de l'article L 241 du Code de la Sécurité sociale (36).

Cette uniformité des règles juridiques ne se retrouve plus avec les autres cas d'extension légale.

b) *Le contenu extensif de la notion de « salarié assimilé »*. Originellement, le décret-loi du 28 octobre 1935 n'avait inclus parmi les personnes « assimilées » aux salariés, pour l'application de la loi des assurances sociales, que six catégories de travailleurs. L'Administration, dont la position fut confirmée par une jurisprudence constante (37), avait tenu à souligner que cette liste ne présentait qu'un caractère énonciatif et non limitatif, « destiné à faciliter l'application du principe général posé par la loi ». L'expérience devait révéler que cette liste permettait, en fait, de résoudre un certain nombre de cas litigieux, en adoptant, pour chaque exemple, des critères formels permettant de combattre la thèse soutenue par l'ensemble des juridictions qui, dans l'interprétation de la formule générale de l'article 241 du Code de la Sécurité sociale, se référaient à des critères de fond.

Dès lors, la notion de « salarié assimilé » a pris un contenu extensif par l'adjonction à la liste primitive de nouvelles catégories nommément désignées. Parfois même le législateur a confirmé la qualité « d'assuré social », à des personnes ne répondant nullement à la définition légale, en l'absence de l'existence même de tout lien de subordination économique.

Ont été ainsi successivement admis au bénéfice de la protection légale :

— les courtiers, inspecteurs et autres agents *non patentés* des entreprises d'assurance de toute nature, effectuant d'une *façon habituelle et suivie des opérations* d'assurance ou de commission pour un ou plusieurs employeurs, ainsi que les gérants de dépôts de sociétés à succursales multiples ou d'autres établissements commerciaux ou industriels, (décret-loi du 14 juin 1938, complétant le paragraphe 3 du décret-loi du 28 octobre 1935).

— Les membres des Sociétés coopératives ouvrières de production qui, bien qu'ayant la qualité d'associés, sont dans une situation de subordination à l'égard de la société dont ils font partie ; les gérants *non salariés* de coopératives répondant à la définition de la loi du 3 juillet 1944, les personnes assurant *habituellement à leur domicile*, moyennant rému-

(36) Cass. 5 avril 1954, 10 févr. 1954 et 3 juin 1955. D. 1956, 37. Note S. Dureteste.

(37) Circul. Minist. 194 S.S. du 1^{er} juil. 1947 et 108 S.S. du 4 mai 1949 ; Cass. des 6 nov. 1943, 15 juin 1944, 9 nov. 1944 et en dernier lieu, 30 oct. 1953 (B.J. 49. 1953) 4 déc. 1954 (B.J. 7. 1955), 14 nov. 1956 (B.J. 2. 1957).

nération, la garde et l'entretien d'enfants à eux confiés. Ces trois catégories ont été ajoutées à la liste par l'ordonnance du 19 octobre 1945, dont l'article 3 reprenait le texte du décret-loi du 28 octobre 1935.

— Les Présidents-Directeurs généraux de Sociétés Anonymes insérés dans l'article 3 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 (devenu l'article L. 242 du Code la Sécurité sociale) par la loi du 28 mai 1955. Les sous-agents d'assurances travaillant d'une façon habituelle et suivie, pour un ou plusieurs agents généraux et à qui il est imposé, en plus de la prospection de la clientèle, des tâches sédentaires au siège de l'agence (loi du 3 août 1956 ajoutant un paragraphe 10 à l'article précité). — les gérants de Sociétés à responsabilité limitée remplissant certaines conditions définies par l'ordonnance du 7 janvier 1959 modifiant les dispositions de l'art. L 242 du Code de la Sécurité sociale.

La loi du 22 décembre 1961 complète, au dernier stade, cette liste, en y ajoutant les artistes du spectacle (art. 242-1, du Code de la Sécurité sociale). Il faut penser qu'elle est loin d'être close, étant donné les nombreuses situations demeurées sans solution dans le cadre de la définition générale, du fait qu'elles ne sont pas consacrées par le législateur, même si elles sont admises par la jurisprudence ou par l'Administration : collaborateurs de presse occasionnels médecins exerçant leur art pour le compte d'entreprises publiques ou privées, personnel non laïc des établissements d'enseignement privé, etc...

Ceci nous amène à deux observations importantes :

1) La notion de « salarié » au sens de la législation de la Sécurité sociale acquiert un contenu différent de celle consacrée par le Droit du Travail ; ce phénomène d'évolution peut être rattaché au besoin de sécurité qui affecte des éléments de plus en plus nombreux de la population. Ainsi que le soulignent MM. Rouast et Durand l'institution de Sécurité sociale, « en dépit des oppositions initiales qu'elle a rencontrées, a été appréciée au point que, loin de se soustraire à son assujettissement, on a cherché de plus en plus à s'y astreindre ».

Le risque social n'apparaît plus comme un risque propre aux salariés. Il s'ensuit que le domaine de l'institution s'étend à des personnes qui sont dans une situation de dépendance économique parce qu'elles se trouvent socialement trop faibles pour pouvoir assurer elles-mêmes la garantie des risques qui les frappent (38).

Une telle extension se réalise, non par une généralisation progressive aux travailleurs indépendants, mais par un procédé juridique, l'attribution pure et simple de la qualité de « salarié assimilé » en fonction de critères formels. En outre, à la différence du Droit du Travail, l'assimilation est totale en ce qu'elle confère les mêmes droits et les mêmes avantages à tous les ressortissants de l'institution.

2) Envisagée quant à son résultat social, cette nouvelle technique ne pouvait soulever aucune objection ; cependant, elle aboutit à instituer deux catégories d'assujettis soumis à des régimes différents sur le plan

(38) A. Rouast et P. Durand, Séc. Sociale, *Précis Dalloz*, n^{os} 32 et 130.

des moyens de preuve attestant leur qualité de salarié. En ce qui concerne les personnes que le législateur a pris soin de définir, leur affiliation obligatoire aux assurances sociales n'est plus douteuse : dès lors qu'elles remplissent en fait les conditions objectives déterminées par la loi, toute discussion est supprimée à leur égard ; elles sont assujetties de plein droit, même si elles sont juridiquement indépendantes (39). En revanche, ceux qui ne font pas partie de l'une de ces catégories prévues aux articles L. 242 et L. 242-1, du Code de la Sécurité sociale, devront faire la preuve qu'ils répondent à la définition générale de l'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale pour être admis au bénéfice de la protection sociale. Leur situation se révèle plus défavorable car la Cour de Cassation, donnant une interprétation restrictive du texte, impose toujours aux juges de rechercher l'existence d'un lien juridique de subordination d'employeur à employé, faisant appel ainsi à des critères de fond.

(39) Cass. Civ. II, 10 oct. 1958 *J.C.P.* 1959, II, 10961 ; Cass. Civ. II, 3 mars 1961, *J.C.P.* 1961, II, 12144.

CHAPITRE II

LA FIDELITE DE LA JURISPRUDENCE A LA CONCEPTION CLASSIQUE DE SUBORDINATION JURIDIQUE

Cette multiplicité des interventions législatives ne s'explique au fond que par la nécessité d'éluder une jurisprudence qui reste fermement attachée au critère de subordination juridique comme élément déterminant l'existence d'une relation d'employeur à employé. Cette attitude de nos juridictions s'affirme surtout au sein de la Cour de Cassation. Ne traduit-elle pas le souci de poser des limites à une application trop extensive de la notion de dépendance économique qui, du point de vue juridique, en l'absence d'une définition légale, ne manque pas d'être imprécise ? Certes, il est extrêmement difficile de dégager des principes directeurs à travers le volume considérable de décisions prises dans ce domaine. Certaines d'entre elles semblent se référer implicitement à l'idée de dépendance économique sans préciser le contenu juridique de ce « vocable ». D'autres, les plus nombreuses, sans faire état expressément de la subordination juridique, s'en inspirent indirectement par les éléments de fait qu'elles retiennent, pour rejeter ou admettre la qualité de salarié.

Faut-il néanmoins parler d'incertitude, de confusion, d'absence de réponse satisfaisante sur ce problème capital ? De prime abord, c'est l'impression qui semble se dégager de la lecture des sentences ou des arrêts. Mais un effort de synthèse permet de dégager de cette trame plusieurs fils conducteurs. Le fait même que les textes intéressant la Sécurité sociale aient donné une définition très large du salarié (art. L. 241, L. 415 et L. 541 du Code de la Sécurité sociale), que l'on ne retrouve pas dans la législation du Travail (1), n'entraîne pas une rupture profonde de l'unité de la Jurisprudence dans les deux branches du Droit Social. Nos juridictions apparaissent moins embarrassées pour définir le salarié au sens du Code du Travail : elles recourent fréquemment à la subordination juridique.

Dans le Droit de la Sécurité sociale, elles vérifient si les conditions de la définition légale sont remplies à partir d'éléments de fait qui se rattachent, de près ou de loin, à cette notion. Cette absence d'opposition de fond, qui marque la volonté de nos magistrats de parvenir à des solutions homogènes dans l'ensemble du Droit social, ne nécessite pas

(1) Exception faite des règles relatives à la saisie-arrêt (art. 60 *a*, livre I, *Code du Travail*) et à la délivrance des bulletins de paye (art. 44 *a* Livre I du *Code du Travail*).

un examen séparé des arrêts, lesquels, à quelques nuances près, en présence de situations juridiques semblables, comportent des attendus presque identiques.

A vrai dire, cette unité de fond ne se manifeste pleinement que dans les décisions de la Cour de Cassation. On note en effet, que lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne relève ou non de l'application de la législation de Sécurité sociale, les juridictions inférieures adoptent une position plus nuancée et font souvent état de la notion de dépendance économique, donnant une interprétation extensive à la loi. Ce qui met en relief l'attitude plus conservatrice de la Cour Suprême laquelle s'attache essentiellement à des critères de fond.

SECTION I

LA POSITION PLUS NUANCEE DES JURIDICTIONS INFERIEURES

Les commissions contentieuses de la Sécurité sociale ont le caractère d'organes juridictionnels d'exception, en raison de leur spécialisation sociale, de leur composition spécifique fondée sur la pratique de l'échevinage permettant de regrouper des magistrats professionnels et des juges non professionnels, représentant les intéressés eux-mêmes sur une base paritaire. Elles s'efforcent naturellement d'apporter à la solution des différends un contenu humain et social dégagé de tout esprit juridique ; il s'ensuit que leurs décisions sont généralement empreintes d'une interprétation extensive de la loi. La réforme judiciaire de 1958, qui supprime les Commissions Régionales d'Appel et donne compétence aux Cours d'Appel pour statuer au second degré sur les décisions rendues par les Commissions de Première Instance, se manifeste déjà par une interprétation plus restrictive de la notion de « salarié » au sens de l'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale.

A. — *Les décisions favorables à la subordination économique.*

Celles-ci représentent la tendance dominante et suggèrent un ensemble de considérations dont l'intérêt est de marquer l'aspect à la fois positif et négatif des jugements rendus.

a) *L'aspect positif* des décisions est de mettre en évidence que l'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale pose, en principe, que la qualité de salarié au regard de la nouvelle législation n'exige plus nécessairement l'existence d'un contrat de louage de services. Cette dissociation résulte des termes mêmes de la loi qui admet l'assujettissement « *quels que soient le montant et la nature de la rémunération, la forme, la nature et la validité du contrat* ».

Certes, l'article L. 415 du Code de la Sécurité sociale ne reproduit

pas, *in fine*, cette précision de l'article L. 241, ce qui amène certains auteurs et la Cour de Cassation à reconnaître, sur le fondement d'une exégèse des textes, la nécessité d'un contrat de travail pour pouvoir bénéficier de la réparation du risque professionnel. Mais les juges du fond, abandonnant tout formalisme juridique, s'attachent exclusivement aux conditions effectives et réelles de travail (2).

Il s'ensuit que certains éléments deviennent indifférents et ne sont pas pris en considération pour apprécier si une personne a ou non la qualité de salarié : la dénomination donnée au contrat, le mode de rémunération, la validité du contrat, le caractère accessoire ou principal de l'activité exercée. Sur ce point, aucun problème ne se pose : la Cour de Cassation confirme implicitement l'orientation générale des juridictions inférieures (3). Il convient donc, dans chaque cas d'espèce, de procéder à un examen particulier afin de permettre à la Cour Suprême d'exercer son contrôle.

Quels sont alors les éléments déterminants ? L'article L. 241 ne manque pas d'indiquer qu'est nécessaire la conclusion d'un contrat auquel une personne est partie, en face d'un employeur, et qui la place en qualité d'employé à l'égard de ce dernier dans un lien de subordination ou, tout au moins, de dépendance. C'est là qu'apparaît la faiblesse de l'argumentation des Commissions contentieuses.

b) *L'aspect négatif* des décisions qui se réfèrent à la notion de dépendance économique n'est-il pas de ne donner aucune précision sur les éléments constitutifs de la relation « employeur-employé » ? La Commission Régionale d'Appel de Montpellier souligne que l'article 2 (de l'ordon. du 19 octobre 1945) s'applique « à tous ceux qui reçoivent une rémunération constante et régulière, même s'ils ne sont pas unis par un contrat de travail proprement dit à la personne physique ou morale qui leur verse cette rémunération » ; qu'il exige « de la part de la personne susceptible d'être astreinte à la législation de Sécurité sociale, un état de dépendance économique vis-à-vis d'une personne physique ou morale que la loi elle-même qualifie d'« employeur » en donnant à ce mot un sens nouveau et plus étendu certes, mais qui comporte nécessairement une *autorité* d'ordre économique, laquelle semble lui être naturellement attachée... » (4).

Assez contradictoirement, le jugement fait état du critère économique qu'il rattache cependant expressément à une idée d'autorité qu'il qualifie « d'ordre économique ». On peut faire les mêmes observations à propos d'une décision du 9 mai 1951, de la Commission de Première Instance des Deux-Sèvres, qui souligne « qu'à la condition originaire de « dépendance juridique » s'est substituée par la suite la notion de « dépendance économique », mais remarque qu'il est nécessaire de « rechercher si, dans chaque cas d'espèce, se manifeste la notion de *dépendance dans le travail* d'une partie envers l'autre... » (5).

(2) Com. 1^{re} Instance Paris, 16 mars 1949 (B.J. 17-1949).

(3) Cass. Soc. 28 mai 1952 (B.J. 33-1952).

(4) Cn Rég. d'Appel Montpellier, 9 mai 1952 (B.J. 38-1952).

(5) Cn 1^{re} Instance des Deux-Sèvres, 9 mai 1951 (G.P. 1951, II, 281).

Il semble donc que, tout en faisant appel à une notion d'ordre économique comme critérium d'assujettissement, ces décisions sont inéluctablement amenées à la définir en fonction d'une donnée juridique essentielle, l'exercice d'une *autorité dans le travail* exercée par l'employeur sur l'employé. N'est-ce pas revenir par un détour au critérium de subordination juridique ?

B. — *L'élément déterminant de la « subordination d'employé à employeur ».*

Cet élément est en effet d'ordre juridique et non plus économique. Certes, l'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale, débordant le cadre trop étroit du contrat de travail, prend en considération la simple relation de travail ; mais pour définir si le lien contractuel dérivant de cette relation de travail est déterminant d'un rapport de subordination d'employé à employeur, il est nécessaire de faire appel à des données juridiques. C'est ce que rappelle la Commission Régionale d'Appel de Nancy le 15 décembre 1950 : « le salarié est celui qui reçoit des ordres d'un employeur, qui n'a pas le droit de les discuter, et encore moins de se soustraire à leur exécution, en un mot, qui abdique toute indépendance et toute liberté... » (6). N'est-ce pas indiquer que le trait caractérisant la situation d'employeur à employé demeure le droit de direction, de surveillance et de contrôle exercé par l'une des parties sur l'activité de son co-contractant ?

La plupart des juridictions se réfèrent à cette idée de dépendance physique ainsi que l'attestent les attendus : « il résulte de ces diverses clauses du contrat l'exercice d'une incontestable autorité d'employeur assortie d'un contrôle professionnel fort strict qui établit un lien de dépendance rigoureux (7) » ; ... le travail fourni ne comporte pas un lien de dépendance juridique et économique et de subordination technique d'employeur à employé, au sens de l'article 2 de l'ordonnance du 19 octobre 1945... »

La Commission Régionale d'Appel de Paris, le 15 novembre 1957, rejette l'assujettissement des journalistes « à la pigne » après avoir constaté que « l'obligation de respecter certaines règles de présentation, indications d'ordre technique, ne saurait créer un lien de subordination *en l'absence de toutes directives concernant la façon dont les articles doivent être traités* » ; celle de Nantes, le 8 avril 1957 (8), au sujet des dépositaires de presse considérés comme des commerçants par l'Administration, reprend la position traditionnelle et en fait de véritables salariés en raison des obligations auxquels ils sont tenus : respect des tarifs, du secteur fixé, des horaires de travail, inspection régulière, suivi des instructions reçues par lettre. Cette dernière juridiction fait état le 7 janvier 1957 d'une argumentation semblable pour motiver l'assujet-

(6) *Bulletin juridique*, Séc. Soc. 15-1951.

(7) Cn Ire Instance Paris, 16 mars 1949 (*B.J.*, 17-1949).

(8) *B.J.*, 43-1957.

tissement d'un médecin occupé à la S.N.C.F. ; elle note ainsi que celui-ci est « soumis à une certaine subordination administrative se traduisant dans une « activité » déterminée, réglementée de telle sorte qu'il perd la liberté de fixer seul l'emploi de son temps... » : réglementation qui peut être *sanctionnée* par le Directeur de la région en cas de fautes administratives (9). Cette décision considère donc que l'existence d'un pouvoir disciplinaire est un des attributs essentiels de la qualité d'employeur (10).

Les Commissions Contentieuses s'attachent de plus en plus aux conditions de fait ; l'assignation d'une tâche précise et le respect d'un horaire fixé, sous l'autorité d'un chef de service ou du chef d'établissement qui se réservent un droit de contrôle, sont retenus comme des signes d'une dépendance administrative, constitutive d'une subordination d'employeur à employé. Certes, il ne s'agit pas d'une jurisprudence unanime, permettant de dégager des principes généraux.

Les critères retenus varient selon les cas d'espèce, en raison des conditions de travail particulières à chaque profession. Pour les membres des professions libérales il n'est pas exigé que l'autorité de l'employeur porte sur l'exécution même du travail ; le médecin comme le journaliste ne peuvent exercer leur art que s'ils conservent une complète autonomie dans la partie technique : la nature de la fonction ne peut s'accommoder que d'une subordination administrative.

Il n'en demeure pas moins, hormis ces hypothèses, que la tendance générale est de fonder la relation d'employé à employeur sur des données qui sont au fond celles de la subordination juridique : droit de contrôle, de direction et de surveillance, existence d'un pouvoir disciplinaire. La notion extensive de dépendance économique n'a pas prévalu comme critérium d'assujettissement ; les juges s'attachent à rechercher l'existence ou l'absence d'une *autorité personnelle* de l'une des parties sur l'autre. Celle-ci se manifeste, soit par des « ordres ou des instructions » portant directement sur l'exécution du travail, soit par des sujétions de caractère administratif susceptibles de faire l'objet de sanctions professionnelles en cas d'inobservation ou de manquements répétés. Il n'est pas hasardeux de prévoir que les tribunaux de fond s'orienteront de plus en plus dans cette direction, la Cour de Cassation ayant pratiquement peu varié dans son interprétation restrictive de la loi.

SECTION II

LA TENDANCE CONSERVATRICE DE LA COUR DE CASSATION

On peut dire que, dans ce domaine, la Haute-Juridiction ne s'est jamais départie de son rôle d'organe régulateur du droit. Posant en

(9) *B.J.*, 50-1957.

(10) Dans le même sens Cn Rle d'Appel de Bordeaux 17 février 1958 (*B.J.* 42-1958) relative à la situation des internes des hôpitaux.

postulat cette idée que le terme « salarié » ne peut s'entendre dans la langue juridique sous des acceptions différentes selon la législation applicable, elle est amenée inévitablement à adopter une conception restrictive, seule susceptible de lui permettre une définition unitaire non équivoque.

Certes, l'existence même de la formule générale de l'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale dissociant la notion de « salarié » de celle de « contrat de travail » devait amener la Cour de Cassation à certaines concessions de forme à la notion de dépendance économique. Cependant, dans aucun de ses arrêts, elle ne se réfère expressément à ce critère social ; tout en se montrant plus libérale dans l'analyse de la subordination juridique, elle fait état couramment de la formule « le lien de dépendance d'employé à employeur » sans préciser davantage le sens donné à cette expression.

Il s'ensuit que la doctrine, partagée sur l'interprétation à lui donner, confère aux termes de « dépendance » ou de « subordination » utilisés dans les arrêts, une signification tantôt économique, tantôt juridique.

Est-ce à dire que seule la combinaison des deux critères permet à la pratique de déterminer avec plus ou moins de précision le domaine de la législation sociale ? En vérité, force est de constater combien il est difficile d'assigner au lien de subordination, d'un point de vue strictement juridique, un fondement exclusivement économique. On est malheureusement amené à cette conclusion : la tentative de dissociation entre le « salarié » et le « contrat de travail », ou du moins de ses composantes essentielles, n'a pas pleinement réussi. Derrière la relation de travail se profile, qu'on le veuille ou non, l'ombre du contrat de louage de services. Ce phénomène de résurgence du concept ancien se vérifie à travers la jurisprudence de la Cour de Cassation. Il suffit, pour s'en convaincre, de retenir deux observations : tantôt dans certains domaines, celui des accidents du travail notamment, et même dans le Droit du Travail, la Cour Suprême, en l'absence d'une définition très large de la qualité de « salarié » adopte une attitude restrictive, recherchant l'existence d'une subordination juridique étroite, caractéristique du contrat de travail ; tantôt, dans la législation des assurances sociales et parfois dans le Droit du Travail, pour motiver ses décisions, la Haute Juridiction fait appel à des éléments d'appréciation qui se rattachent encore de près ou de loin à cette même idée de subordination juridique.

Ce conflit qui oppose l'économique et le juridique et se résoud en définitive au profit de ce dernier, peut être examiné sous deux optiques : les divergences ou incertitudes de la Cour de Cassation et les conditions de fait caractérisant le lien de subordination.

A. — *Les divergences ou « incertitudes » de la Cour de Cassation :*

Parler de divergences laisserait à penser que certaines décisions de la Cour de Cassation soient contradictoires. Il n'en est rien. Si nous plaçons l'étude de certaines solutions admises par les arrêts sous ce titre, c'est pour mieux insister sur le fait que toute divergence est le

signe d'un conflit entre des thèses qui s'opposent, souvent en vue de la recherche de la solution la mieux appropriée.

On a soutenu que du choc des contraires résulte le progrès des idées. Marquer les divergences de la Cour de Cassation revient ainsi à mettre indirectement en évidence son attachement à la vieille conception de subordination issue du contrat de travail. Les hésitations de la Cour de Cassation ont des causes différentes ; les unes juridiques, les autres sociales, selon qu'elles résultent de l'imperfection des textes législatifs ou qu'elles procèdent du défaut de généralisation de l'assurance.

1) *L'imperfection des textes législatifs.* La Cour de Cassation affirme ainsi sa préférence pour la notion de subordination juridique en matière de réparation du risque professionnel et à propos de l'assujettissement des personnes exerçant leur activité dans le cadre familial. La loi du 30 octobre 1946, dans son article 2, définit comme accident du travail celui qui survient « par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise » (art. L. 415 du Code de la Séc. soc.). Elle supprime toute référence à l'existence d'un contrat, *valable ou non* de louage de services, considérée par la loi du 1^{er} juillet 1938 comme une condition d'application de la protection légale. La formule est identique à celle de l'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale (art. 2, Ordonnance du 19 octobre 1945) à une omission près : le texte ne reproduit pas *in fine* l'expression « quels que soient le montant et la nature de la rémunération, la forme, la nature ou la validité du contrat ».

L'absence de cette précision est très diversement commentée. MM. Rouast et Durand pensent que « les auteurs de la loi ont probablement estimé ces précisions superfétatoires étant donné le caractère général de la formule » de sorte que la notion de salariat est commune aux deux législations (11). La Cour de Cassation n'est pas de cet avis et, dans un arrêt du 15 décembre 1949 (12), la Chambre sociale rappelle, sans équivoque, que la réparation du risque professionnel est « subordonnée à l'existence d'un *contrat de travail* caractérisé par le lien de dépendance et de subordination qu'il établit entre les parties ».

Les partisans de la théorie économique affirment sans le démontrer, que les magistrats ont voulu donner au terme de « contrat de travail » un sens très large et envisager tout lien contractuel relatif à un travail économiquement subordonné (13). Ils relèvent que, dans des décisions postérieures, la Cour Suprême applique la loi de 1946 à des victimes ne jouissant pas d'une « indépendance complète » (14), ou à des situations ne comportant pas de contrat de travail. D'autres auteurs

(11) Rouast et Durand, *Précis Dalloz*, S.S. n° 227. Dans le même sens *Jurisclasseur séc. Soc.* Fasc. 215, n° 14 et suiv.

(12) *D.* 1950, 209 Note A. Rouast ; *J.C.P.* 1950 II 5354 ; voir également *C. Soc.* 133.51, *J.C.P.* 1951 II 6553 ; *C. Soc.* 25 oct. 1951. *Bull.* III 688-483.

(13) Rouast et Durand, *op. cit.*

(14) Cour de Cass. 3 nov. 1951 ; *J.C.P.* 1952 II 6729 ; Cour de Cass. 28 juil. 1952. *Quest. de S.S.* 1952, p. 309.

soutiennent la thèse contraire : la formule de l'arrêt de 1949 est sans ambiguïté et restreint le domaine d'application de la loi sur la réparation des accidents du travail, en la subordonnant à l'existence d'un contrat de travail, manifestation parmi d'autres de son particularisme dans le droit de la Sécurité sociale (15).

Que conclure ? Sinon que la formule incomplète de la loi de 1946 suffit à la Cour de Cassation pour insister sur la nécessité d'un lien de dépendance qui ne peut être qualifié que de « juridique » : autrement dit, identique à celui qui résulterait d'un contrat de travail, même si le contrat conclu entre les parties n'est pas de la même nature.

Plusieurs arguments justifient cette interprétation. Le bénéfice du risque professionnel ne joue que si l'accident survient « par le fait ou à l'occasion du travail ». La jurisprudence fait appel pour définir cette formule à la notion d'autorité patronale. Le salarié est considéré comme se trouvant au lieu de son travail « là où il se trouve soumis au contrôle et à l'autorité du chef d'entreprise » (16). C'est à cette idée de subordination juridique que les juges se réfèrent pour expliquer le fondement des accidents du trajet : analysant la situation juridique du salarié pendant le trajet, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 18 octobre 1951 (17), fait état du « lien de dépendance qui unit, à partir de la résidence, la victime à l'employeur ». Il s'agit donc d'une extension fictive de la dépendance au trajet. Cette fiction est reprise par la Cour de Cassation pour justifier certaines modalités d'application de l'art. L. 470 (Code de la Séc. soc.), lequel accorde à la victime contre le tiers auteur d'un accident « *autre que l'employeur ou ses préposés* », une action de droit commun.

Ainsi les subordonnés d'un même employeur n'ont pas la qualité de tiers les uns vis-à-vis des autres : ce qui supprime tout recours possible de droit commun. Dans un arrêt du 7 juin 1951 la Chambre sociale décide que cette règle est applicable également aux « accidents du trajet » survenus par le fait d'un employé de la même entreprise que la victime ; cette solution est fondée sur la dépendance dans laquelle se trouvent les salariés à l'égard de l'employeur. Elle est confirmée par un arrêt, toutes Chambres réunies, du 27 juin 1962 (18), lequel toutefois ne se fonde pas sur une extension du lien de dépendance pour expliquer l'application de la règle restrictive de l'art. L. 470 aux accidents du trajet (19).

La tendance restrictive de la Cour de Cassation se manifeste également lorsqu'il s'agit d'apprécier si la femme qui collabore avec son

(15) Lyon-Caen, *Manuel de Dt du Travail et de la Séc. soc.* n° 447.

(16) Cass. Soc. 18 oct. 1951 *J.C.P.* 52, II, 6951 1^{re} esp.

(17) Cass. Soc. 18 oct. 1951 *J.C.P.* 52, II, 6951, 1^{re} esp.

(18) *J.C.P.* 1962, II, 12798 : Conclusion de l'Avocat Général Lindon, affaire Bourhis contre Vve Bonnel.

(19) Depuis l'intervention de la loi n° 63-820 du 6 août 1963 (*J.O.* du 8.8) insérant un article L 470-1 du Code de la S.S., la victime d'un accident du trajet à un recours contre un employeur ou un de ses préposés auteur du dommage. Cette loi semble avoir été dictée dans un souci d'équité et ne met pas en doute le fondement de la jurisprudence précitée qui, par son interprétation juridique des textes, risquait d'aller à l'encontre des intérêts de la victime, assurée sociale.

mari peut ou non être assujettie à la législation de Sécurité sociale. La loi de finances du 14 avril 1952 (dans son article 16 devenu l'art. L. 248 du Code de la Sécurité sociale) (20) s'inspirant d'un avis du Conseil d'Etat du 28 juin 1949 (21), reconnaît au conjoint la qualité de salarié quand il exerce effectivement au sein de l'entreprise familiale une activité à titre professionnel et constant, moyennant une rémunération au moins égale au salaire minimum interprofessionnel garanti. Le texte n'impose pas, toutefois, comme l'avait fait la « Haute Assemblée » l'exigence d'une « relation d'autorité d'employeur à employé, exclusive d'une autorité exercée par le conjoint en qualité d'associé de fait ou de droit du chef d'entreprise ».

Néanmoins, la jurisprudence maintient sa position traditionnelle en recherchant s'il existe effectivement, entre les deux conjoints, un lien de subordination caractérisant les rapports entre salariés et employeurs en fonction de l'étendue des directives données à l'époux salarié : « ce lien constitue au regard des relations habituelles qui s'instaurent entre conjoints une évidente anomalie » (22).

Elle restreint ainsi indirectement la portée de la loi du 14 avril 1952 qui, par son trop grand libéralisme, fait figure d'exception au texte fondamental de l'article L. 241, en reconnaissant aisément l'existence d'un contrat de travail entre conjoints, situation en principe incompatible avec les obligations tant naturelles que légales qui les lient l'un à l'autre, quel que soit le régime matrimonial (23).

Nos juridictions rétablissent ainsi l'unité des conditions si la qualité d'assuré social pouvait être conférée à l'un des époux en l'absence d'une subordination réelle, par la simple preuve de fait d'une rémunération dont l'existence n'est souvent que symbolique. D'autre part, ne convient-il pas d'observer que la réalité même de ce lien de subordination se révèle de plus en plus illusoire, l'évolution des pouvoirs respectifs des époux sous les régimes communautaires étant marquée par un accroissement des prérogatives de la femme, conséquence de son émancipation sociale et politique, d'où un retour vers un équilibre juridique des droits des conjoints.

M. Paul Durand souligne à ce propos : « La suite complète des arrêts de la Cour de Cassation sur la relation de travail entre époux, dans le domaine des assurances sociales révèle la résistance de la Cour à l'absorption par la Sécurité sociale des relations d'entraide entre époux » (24).

II) *Les résultats de l'absence de généralisation de l'assurance.* En revanche, il est probable que la loi du 14 avril 1952 ait voulu permettre

(20) J.O. 15 avril 1952.

(21) Diffusé par cir. Minist. n° 244 SS. du 30 nov. 1959.

(22) Cour d'Appel Nancy (Ch. Soc.) 7 févr. 1962, *Bull. Jurid.* I A 32-1962. Voir également Cass. Civ. 3 mai 1955, Caisse Lyonnaise contre Chavereau.

(23) Voir *Infra* : Le caractère fictif de la relation de travail entre époux. Sous-titre II — Chap. II, Sect. I.

(24) L'influence du Droit du Travail et de la Sécurité sociale sur les formes de l'activité professionnelle — *Dt Soc.* 1956, pp. 145 et suiv.

aux conjoints, sous certaines conditions, d'accéder au bénéfice de la protection sociale, que la loi du 22 mai 1946, non appliquée, avait prévu de généraliser à toute la population. L'échec de la réforme n'a-t-elle pas incité le législateur à prendre des voies différentes en vue d'offrir la possibilité, à ceux qui le désirent, d'acquérir la condition « d'assuré social » ? Cependant, on observe que, dans ses mécanismes juridiques, la mutation de statut social s'opère dès lors par la seule volonté des sujets de droit (25). Ce phénomène, déjà apparent dans les relations de travail entre époux, trouve un terrain d'élection inattendu dans le droit des Sociétés.

L'assujettissement à la Sécurité sociale, pour les conjoints, cesse d'être obligatoire pour devenir une simple faculté laissée au libre choix des intéressés. L'article 16 de la loi du 14 avril 1952 est inséré dans le Code de la Sécurité sociale à l'article L. 243 et non à l'article L. 242 qui groupe la catégorie des « salariés assimilés ». Cette place à part dénote qu'il est bien conçu comme une exception au principe d'obligation défini par la loi (art. L. 241) ; le texte n'est pas impératif : « ... le conjoint ... *ne peut être* assujéti que s'il remplit les conditions ci-après ... ». La tournure négative utilisée par les rédacteurs ne modifie pas le caractère facultatif de l'assujettissement.

En continuant de faire état de la subordination juridique, comme critère d'assujettissement des conjoints, la jurisprudence tente de limiter la portée du texte et d'en faire une application particulière du principe général d'obligation et non une exception.

Les mêmes raisons expliquent l'incertitude des juridictions chargées de se prononcer sur la situation des dirigeants de sociétés au regard de la législation de Sécurité sociale avant la loi du 28 mai 1955. L'absence de statut nettement défini permettait à ces personnes de décider librement de leur condition juridique en fonction de leurs intérêts. En effet, l'Administration avait établi des règles variables selon le type de société commerciale. Pour les sociétés de personnes, aucun problème ne se posait : les associés en nom collectif, étant « solidaires pour tous les engagements de la société » (art. 22 du Code du Commerce), leur qualité de commerçant était exclusive de l'existence d'un lien de dépendance entre les associés et la personne morale.

En revanche, la situation des dirigeants de S.A.R.L. ou de Stés Anonymes considérés par le Droit Commercial comme des mandataires de la personne morale soulevait des difficultés. La rémunération que comportait parfois l'exercice de leur fonction leur conférait-elle la qualité de salarié au regard de la législation de Sécurité sociale ? L'Administration précisa, par circulaire n° 139 SS du 26 juillet 1946, que tout administrateur occupant à un titre quelconque dans la société un employé rémunéré, et notamment le président-directeur-général, ou le directeur-général-adjoint répondait à la définition des assurés sociaux.

Au contraire, elle se fonda sur un critère formel, l'importance numérique des parts sociales détenues, pour définir la position des gérants de

(25) P. Durand — *Op. cit.*

société à responsabilité limitée, (circulaire 103 SS 26 juin 1946). Si le gérant ou le collège de gérance ne détenait pas la majorité du capital social ils devaient être assujettis sans distinction aux assurances sociales. Dans le cas contraire, considérés comme « majoritaires », les gérants avaient la qualité d'employeur ou de travailleur indépendant (cette situation a d'ailleurs été confirmée par le décret du 21 avril 1948, en matière d'allocations familiales, mais le texte est applicable également aux assurances sociales et aux accidents du travail). Par une simple modification de la répartition du capital social le gérant avait la possibilité de changer son statut juridique ; il conservait ainsi une option : soit acquérir la qualité de salarié, soit la refuser, selon la solution qui lui paraissait préférable.

La Cour de Cassation considéra le critère numérique, étant donné son caractère arbitraire, comme non déterminant d'une subordination d'employeur à employé. Dans une jurisprudence constante, elle fit appel à un second élément, le critère juridique traditionnel : l'étendue des pouvoirs conférés au gérant permet seule d'apprécier l'existence ou non du lien de dépendance, vis-à-vis de la personne morale (26). Dans un arrêt du 19 juin 1954, la Cour Suprême, nonobstant les dispositions du décret du 21 avril 1948 conférant de plein droit la qualité d'employeur aux gérants majoritaires (27), fit application extensive de ce principe en cassant la décision d'une Commission régionale qui n'avait pas pris en considération la situation réelle d'un gérant majoritaire pour conclure à son non assujettissement (28). Dans l'esprit de la jurisprudence, l'importance numérique des parts détenues par le gérant instituait, non une présomption irréfragable, mais une présomption relative de salariat ou de non salariat.

Il convenait donc de vérifier si le gérant était ou non en état de subordination à l'égard des autres associés, à partir d'une donnée de fait : la plénitude ou la limitation des pouvoirs conférés dans la gestion de la Société.

Au sujet des dirigeants de sociétés anonymes, les Chambres sociale et civile de la Cour de Cassation s'en tenaient à une position de principe inverse, posée pour la première fois par l'arrêt Lautier du 19 juillet 1951 (29), et conforme à la thèse administrative ; les présidents-directeurs généraux sont, à priori, considérés comme salariés étant donné qu'ils se trouvent placés « sous la dépendance du conseil d'administration puisque celui-ci peut, à tous moments, en conformité de l'art. 12 de la loi du 4 mars 1943, leur retirer leur fonction ». Peut-on justifier cette

(26) Cass. Soc. 17 juil. 1952 et 28 juil. 1952 — *J.C.P.* 1952 II 7349, 2° et 5° espèces. Cass. Soc. 28 mai 1952 — *J.C.P.* 1952 II 7215. Cass. Soc. 17 juil. 1952 — *J.C.P.* 1952 II 73.

(27) Dont la légalité fut confirmée par le Conseil d'Etat le 5 fév. 1954 — *G.P.* 1954 — 1 — 203.

(28) Cass. Civ. 19 fév. 1954 — Bühr — *J.C.P.* 1954, IV Ed. G. 20. Dans le même sens Cass. Civ., II, 21 déc. 1953, Vandenbusche. *J.C.P.* 1954, IV, Ed. G. 20 — Cass. Civ. 3 fév. 1955 — *J.C.P.* 1955 IV Ed. G 3.

(29) Cass. Soc. 19 juil. 1951, *D.* 1952 — 1 Note Ripert — Cass. Civ., II, 11 déc. 1953 — *J.C.P.* 1954 IV Ed. G. 10 — Cass. Soc. 6 déc. 1951 (2 Arrêts) *G.P.* 1952 I. 100.

solution ? On soutient, avec juste raison, que le recours à un critère numérique de distinction se révèle inadapté aux règles qui commandent la vie des Sociétés Anonymes : le principe de la libre négociabilité des actions rend problématique tout contrôle sérieux de la quotité de capital social détenu. Cependant, en faisant découler l'existence du lien de subordination du caractère de libre révocabilité dont est affecté le mandat des dirigeants de ces sociétés, on tend à instituer à leur égard *une présomption irréfragable de salariat*. Or, la révocation *ad nutum*, un des traits caractéristiques du mandat en général, est-elle réellement déterminante de l'existence d'un lien contractuel de travail subordonné ?

Aussi les juridictions de renvoi refusèrent de s'incliner notamment lorsque les dirigeants de sociétés détenaient la majorité du capital social, et exerçaient tous les pouvoirs du maître de l'affaire (notamment pour les sociétés anonymes à caractère familial). Ceci devait amener les Chambres réunies, le 29 juin 1955, à un revirement de jurisprudence ; la Cour de Cassation, se ralliant à l'opinion des Commissions régionales d'appel, estima qu'il fallait rechercher, en fait, s'il existait un « lien de dépendance avec la société » au sens de l'art. 2 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 (30). La jurisprudence refaisait son unité de principe. Entre temps la loi du 28 mai 1955 consacrait la présomption de salariat applicable aux « présidents-directeurs généraux » de sociétés anonymes. Ainsi le conflit opposant les juges du fond et la Cour de Cassation, en suscitant l'intervention du législateur, aboutit à une solution peut-être radicale et simple, mais dont le défaut est de cristalliser les incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence.

« Reste à savoir, comme le souligne M. Friedel, si cette solution est la bonne et si le législateur ne devra pas tôt ou tard la réviser » (31)...

B. — *Les conditions de fait caractérisant le lien de subordination.*

Si la jurisprudence de la Cour de Cassation marque son attachement à la dépendance juridique comme élément déterminant de la qualité d'assuré social, son appréciation des éléments de fait permettant de définir l'existence ou non de cette dépendance varie selon chaque cas d'espèce. On a pu dire que la subordination est devenue une notion relative, à contenu variable selon les espèces (32). Il est toutefois possible, au travers des conditions de fait retenues par la Cour de Cassation, de dégager des données de principe. Tantôt les arrêts retiennent des critères purement juridiques, se rattachant à la notion étroite de subordination ; c'est l'affirmation d'une conception objective de la dépendance. Tantôt les décisions font appel à des éléments qui, se rattachant indirectement

(30) C.R. Appel Montpellier — 9 mai 1952 — *J.C.P.* 1952 II 7049 ; Dijon — 27 avril 1953 — *G.P.* 1953 II 67 ; Cass. ch. Réunies 29 juin 1955 — *J.C.P.* 1955 II 8821.

(31) G. Friedel, *Dt Social* 1956, pp. 168 et 307 — Voir *Infra* sous-titre IV, Chap. II, Section II.

(32) Brun et Galland, *op. cit.*, p. 234.

à la notion de subordination économique, indice d'une analyse plus large de la subordination juridique, annoncent une conception subjective et moderne.

1°) La conception objective de la subordination juridique et ses éléments d'appréciation.

En principe, la subordination découle d'une situation matérielle : le fait pour une personne de recevoir des instructions et des ordres auxquels elle est tenue d'obéir. Dans son arrêt de principe du 9 mars 1938, la Cour de Cassation en donne déjà cette définition (33). L'indépendance dans l'exécution du travail est donc inconciliable avec l'état de subordination. Telle est l'idée qui, même non exprimée, permet à la Cour Suprême d'écarter ou d'admettre l'assujettissement aux assurances sociales sur le fondement de l'article L 241 du Code de la Sécurité sociale.

On en trouve des applications multiples à propos de diverses professions. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 4 décembre 1952, considère comme « non-salariés » les façonniers brodeurs à domicile qui « exécutent leur ouvrage sans surveillance et sans limitation de personnel, lorsque la cessation de travail ne donne lieu à aucun préavis... ».

Elle adopte la solution inverse, le 20 décembre 1954, pour des tisseurs au motif « qu'ils suivent des instructions données sur une fiche de tissage et de tramage, se trouvent sous la subordination, le contrôle et la direction technique des établissements » (34). De même, les juges de Cassation admettent l'assujettissement des agents d'assurance s'ils « reçoivent des directives très strictes auxquelles ils sont tenus de se conformer » ; ou bien encore s'ils « sont soumis à une surveillance constante de la compagnie, leurs obligations pouvant être constamment modifiées par de simples instructions unilatérales... Celle-ci pouvant les congédier à tout moment » (35). Il a été jugé également que doit être considérée comme « salariée » la laveuse travaillant pour le compte de divers particuliers ayant « le droit de lui donner des instructions et pouvant surveiller l'exécution de son travail » (36).

Ce sont les mêmes éléments auxquels on se réfère pour décider de la situation des démarcheurs-courtiers libres : ont-ils ou non la libre disposition de leur temps en toute indépendance, sont-ils ou non liés par des instructions sans avoir aucun compte à rendre, sont-ils maîtres de leur prospection ou de leurs déplacements (37) ?

Telle est l'orientation générale de l'ensemble des décisions. Cependant, dans de nombreuses hypothèses, la Cour de Cassation se montre

(33) *D.H.* 1938, p. 289.

(34) Cass. Civ. 4 déc. 1952 — *J.C.P.* 1953 II 7431 — Cass. Civ. 20 déc. 1954, *J.C.P.* 1955 IV Ed. G. 13. Dans le même sens Cass. Civ. 10 juin 59. *Bull. Civ.* II, n° 441, p. 288.

(35) Cass. Civ. II 16 oct. 1953-II ; 30 oct. 1953 — *J.C.P.* 1953 II 7875, 2° et 3° esp.

(36) Cass. Soc. 26 oct. 1944, *G.P.* 1944.2.158.

(37) Cass. Civ. 5 avr. 1954, *Dt Soc.* 1954-508 — Cass. Civ. II 9 juil. 1954, *J.C.P.* 1954, IV, Ed. G. 122.

moins stricte et, sans abandonner le critère de la dépendance physique, lui apporte des atténuations.

II°) *La conception subjective de la subordination juridique.*

De plus en plus fréquemment les arrêts font état d'autres éléments de fait constitutifs d'une relation d'autorité d'employeur à employé ; la subordination ainsi comprise prend un contenu plus subjectif. Une partie de la doctrine note ainsi que la jurisprudence, tout en maintenant la subordination juridique, est influencée par le courant favorable à la dépendance économique (38). A vrai dire, la notion moderne de dépendance physique devient « nominale » ; ou bien il est tenu compte de la nature particulière de certaines professions où le contrôle de l'employeur sur l'exécution même du travail se révèle impossible, ou bien la subordination est présumée en fonction de certaines clauses du contrat.

a) *La subordination administrative, substitut de la subordination technique.* L'exercice des professions libérales est incompatible avec une subordination technique ; médecins, journalistes, membres de l'enseignement privé, sportifs même, ne peuvent accomplir leur art que s'ils conservent la maîtrise dans la conception de leur mission. La jurisprudence admet qu'une relation d'autorité puisse toutefois exister à leur égard même si leur indépendance technique est respectée. Ce lien de dépendance est recherché dans les obligations d'ordre administratif qui leur sont imposées. La Cour de Cassation relève, dans la plupart des arrêts favorables à l'assujettissement, que le médecin est « sous la surveillance du directeur de la clinique qui l'emploie », qu'il est tenu à « des heures de présence qui lui sont imposées » (39), qu'il est également tenu de « solliciter l'autorisation de ne pas assumer son service » ou bien « qu'il doit se conformer aux instructions du chef du service médical » (40).

La plupart des Cours d'Appel et la Cour de Cassation, dans leurs décisions les plus récentes, abandonnent même le critère retenu par le Conseil d'Etat du 22 mai 1951. Il n'est plus fait état de l'importance de l'activité libérale par rapport à l'activité exercée pour un établissement public ou privé. Ce moyen permettait de déterminer, dans la mesure où celle-ci n'est que « le prolongement de l'exercice libéral de la profession », que le médecin à temps partiel ne devait pas être considéré comme « salarié ». C'est l'extension pure et simple à tous les médecins des règles admises pour la généralité des assurés : la subordination administrative se traduit par l'assignation d'une tâche précise, effectuée sous les directives de l'établissement qui se réserve un droit de contrôle.

Les limites posées par le Conseil d'Etat sont dépassées et la doctrine critique cette orientation nouvelle de la jurisprudence parce qu'elle

(38) Brun et Galland, Lyon-Caen, *op. cit.*

(39) Cass. Civ. 26 juil. 1938, *G.P.* 1938, II, 472 ; Cass. Civ. 9 juin 1955. *Bull. Civ.* n° 509 ; avis du Conseil d'Etat du 22 mai 1951.

(40) Cass. Civ. II, 17 juil. 1959, *J.C.P.* 1959, IV, Ed. G. 114 ; Cass. Civ. II 14 oct. 1960, *Bull. Civ.* II, 576, p. 393.

s'attache à des obligations administratives qu'elle considère comme l'accessoire de l'obligation principale (41).

On peut objecter à ce raisonnement deux arguments de texte. L'article L. 241 du Code de la Sécurité sociale ne tient compte ni du « montant de la rémunération », ni « de la durée du travail » ; il est difficile de retenir comme élément déterminant du non-assujettissement le fait d'exercer une activité partielle procurant des ressources accessoires à l'activité principale.

La loi du 22 décembre 1961 assujettit désormais tous les artistes du spectacle même « si l'artiste est libre ou non de la présentation et de l'exécution de son travail » ; par cette expression le texte entend certainement l'autonomie technique de l'artiste et non la subordination administrative que peut lui imposer l'établissement où il se produit (heures de répétition, discipline scénique, etc...).

Ainsi la Cour de Cassation donne un contenu plus subjectif à la notion de subordination juridique, dans la mesure où elle prend en considération la simple dépendance découlant de sujétions de caractère administratif. Il faut retenir que cet aménagement n'est admis qu'en égard à la nature particulière de certaines professions libérales. On a soutenu que ces solutions s'inspirent de l'idée de « dépendance économique ». Peut-on dire que le médecin à temps partiel d'un établissement s'adonne à cette activité secondaire dans le but d'en tirer la principale source de sa subsistance ? En est-il de même de l'artiste, encore que certaines nuances peuvent être faites dans ce domaine ?

L'entremise d'une entreprise de spectacle lui est souvent nécessaire pour exercer son art, au même titre que l'écrivain est obligé de passer par un éditeur pour que son œuvre atteigne le public et lui procure des ressources ? En fait le problème semble mal posé. La jurisprudence n'a pas adopté le critérium économique : elle préfère s'en tenir à la vieille notion traditionnelle parce qu'elle est juridiquement plus précise : elle lui substitue l'idée de subordination administrative qui n'est qu'une adaptation du critère juridique à la nature de certaines professions.

b) *La présomption de subordination dans les clauses contractuelles.* Parfois la jurisprudence attribue valeur de preuve d'une subordination à certaines clauses contractuelles. Généralement, elle ne leur confère qu'un caractère indicatif, ne les prenant en considération que si elles sont confirmées par les autres éléments de fait que nous venons d'analyser. Ce sont les clauses contenues dans les contrats de représentation : obligation de préavis, détermination du secteur de prospection, engagement de non-concurrence auprès de maisons rivales, mode de rémunération. Dans certains cas, leur force probante est plus forte ; l'existence d'une clause suffit à prouver l'état de dépendance.

Rappelons d'abord l'arrêt Lautier du 19 juillet 1951, déjà cité, qui fonde la présomption de salariat à l'encontre des présidents-directeurs-généraux de société anonymes, sur le simple fait qu'ils sont révocables *ad nutum*.

(41) Brun et Galland, *op. cit.* p. 256.

Il s'agit en vérité, dans cette hypothèse, non d'une clause contractuelle mais d'une situation légale dérivant du jeu des règles du Droit Commercial, lequel accorde aux actionnaires le droit de révocabilité comme sanction de leur pouvoir de contrôle. La loi du 28 mai 1955 semble avoir consacré cette présomption d'une manière définitive.

Il a été jugé également que les clauses de paiement à un représentant des commissions après règlement du prix des commandes par les clients établissent la subordination (42). Les décisions en ce sens sont peu nombreuses. Ainsi le conflit entre le juridique et le social est dominé par la position classique de la jurisprudence et la tendance moderne du législateur à élargir la notion de travail subordonné. Il met en évidence les forces profondes qui agissent pour modifier le champ d'application de la loi, soit en vue de restreindre le cercle des bénéficiaires du salaire social aux seuls éléments de la population juridiquement dépendants, soit dans le dessein d'accroître les sujets de droit de ce salaire social. La prestation de travail étant déterminante du paiement du salaire social, il en résulte que la dénomination de « salarié » est une qualification que de nombreuses personnes, non liées par un contrat de travail, revendiquent sur le plan social, eu égard aux avantages sociaux ou fiscaux qu'elle confère.

Cependant, dans l'ordre juridique, cette mutation de statut social lorsqu'elle se réalise par l'effet, souvent de la loi, plus rarement de la jurisprudence, est source de disparité dans la mesure où la condition juridique d'une personne est soumise à des régimes variables selon les circonstances : ou bien elle relève du droit de la sécurité sociale mais les règles du Droit du Travail ne lui sont pas applicables ; ou bien encore il se crée une incompatibilité entre deux statuts antinomiques dérivés l'un du Droit social, l'autre du Droit civil ou du droit commercial. Au droit unitaire se substitue la relativité des statuts juridiques.

(42) Cité par Brun et Galland, *op. cit.* p. 275. C. Soc. 15 juil. 1953, *I.C.E.* 1954, p. 20.

Sous-Titre II

LA RELATIVITE DES STATUTS JURIDIQUES

Faut-il considérer la constitution de ce milieu juridique hétérogène comme un produit nécessaire de l'évolution économique et sociale qui, en créant le Droit Social, place celui-ci en opposition avec les règles traditionnelles du Droit Civil, d'essence individualiste ? Devons-nous, au contraire, souhaiter une réunification des règles juridiques sur des fondements nouveaux ? Le problème est capital car cette relativité des statuts juridiques fait écho à la conception dualiste de la notion de salaire. A l'idée du salaire, prix du travail individuel, fait place la notion de rémunération du travailleur se présentant sous deux formes, individuelle et sociale, indissociables l'une de l'autre ; pour être partie prenante du salaire social, il faut justifier l'exercice d'une prestation de travail subordonné.

Certes, la législation sociale moderne semble accueillir favorablement l'idée de relation de travail comme fondement du droit aux prestations de Sécurité sociale et le sociologue ne peut que se réjouir de cette orientation dont l'objet est l'élargissement du champ de la protection légale. En est-il de même pour le civiliste ? Mis en présence de cette prolifération de statuts juridiques au contenu variable, il est forcé de convenir que toute classification scientifique s'avère illusoire. Les distinctions juridiques établies par le Droit Civil et le Droit Commercial entre les diverses formes de l'activité humaine, autrefois aisées, se révèlent de plus en plus délicates. Les imbrications sont telles qu'il n'est pas trop exagéré de parler, dans certains cas, de confusion. Comment concevoir qu'une personne puisse changer de qualification, salariée ou non salariée, suivant qu'on se réfère aux principes du Code du Commerce, à ceux du Droit du Travail ou à ceux de la législation de la Sécurité sociale ?

Le conflit entre le juridique et le social pulvérise littéralement la définition classique du salarié. L'étendue d'une telle transformation est déjà apparente lorsqu'on examine les conséquences juridiques de la notion moderne de « salarié assimilé » ; mais le phénomène prend une ampleur accentuée lorsqu'on constate l'éclosion d'une catégorie juridique nouvelle, celle de « salariat fictif » qui, concurrençant dangereusement la notion de « salariat réel », bouleverse toutes les données classiques.

CHAPITRE I

LA NOTION DE « SALARIAT ASSIMILE » ET L'ALTERATION DES DISTINCTIONS JURIDIQUES CLASSIQUES

L'existence même de la notion de « salarié assimilé », ainsi que la création de statuts professionnels propres à certaines professions dans le cadre du Droit du Travail proprement dit, accentuent la fragmentation du Droit Social dans son ensemble. Certes on peut voir dans ces dissemblances une forme d'adaptation à la réalité sociale de la règle juridique toujours imparfaite dans sa généralité. C'est ainsi que les différences de conditions établies par le Droit du Travail, par exemple, selon la région, la nature de l'activité professionnelle, témoignent que la loi ne peut être uniforme pour tous ; le travailleur est envisagé in concreto et non in abstracto, en vue de ne pas aboutir à un égalitarisme juridique contra naturam. Mais ces différenciations ne sont concevables qu'à l'intérieur du groupe des travailleurs « subordonnés à autrui ».

En revanche, l'enchevêtrement des catégories juridiques est source de difficultés dans la mesure où on admet le postulat que tous ceux qui apportent leur concours à l'entreprise sont soumis à un régime commun : celui des salariés. Il ne pourrait en être ainsi que dans l'hypothèse où le phénomène de dissociation entre l'entrepreneur et l'entreprise est parvenu à son terme (1). Encore faut-il observer que même dans le cas où cette dissociation s'amorce, notamment chez l'employeur sociétaire, l'évolution est loin d'être achevée : celui-ci et l'entreprise ne font qu'un, étant donné qu'il demeure encore, pour partie, propriétaire de l'entreprise.

En outre, il convient de retenir que l'entreprise, même devenue entité distincte de l'entrepreneur, est appelée à conclure des conventions qui ne sont pas nécessairement des contrats de travail. Il apparaît donc prématuré d'imbriquer les unes dans les autres les catégories juridiques classiques de contrats dont l'objet est l'activité humaine sans établir les distinctions qui s'imposent. Cette activité peut être « aliénée » à un tiers ou être « libre », compte tenu de la configuration présente de nos structures juridiques. La relativité des statuts qui en résulte, et dont on semble s'accommoder, fait éclater la notion de salariat. Ce bouleversement entraîne une double conséquence : l'absence d'unité du Droit Social et l'altération des distinctions juridiques traditionnelles.

(1) Michel Despax, *L'Entreprise et le Droit*.

SECTION I

L'ABSENCE D'UNITE DU DROIT SOCIAL

Il ne fait aucun doute que les deux branches du Droit social ne peuvent avoir les mêmes sphères d'application : l'une gouverne les rapports du travail subordonné, alors que l'autre, par sa puissance d'expansion, aspire à gérer un domaine plus vaste et plus ambitieux : la généralisation de la protection sociale à toute la population. Est-ce à dire pour autant que la notion de salariat doit être comprise dans deux acceptions différentes ? Que son contenu ne soit plus identique selon qu'on se réfère à la Législation du Travail ou aux textes de la Sécurité sociale ? Toute définition juridique ne saurait être qu'atomiste. La qualité de salarié qui dérive de l'existence de rapports du travail construits sur la dissociation entre le travailleur et les moyens de production, sur l'opposition entre le Capital et le Travail, est un véritable statut « personnel ».

C'est un élément de différenciation ou même d'« individualisation » de la personne physique, non sur le plan civil, mais sur le plan professionnel et social. Le Droit civil moderne repose essentiellement sur le postulat qu'une personne physique quelconque est égale en droit à n'importe quelle autre personne physique. Le Droit Social distingue les salariés des non-salariés. Si l'on admet dès lors que la qualification de salarié est « personnelle » à son titulaire parce qu'elle traduit sa condition sociale à un moment déterminé de son existence, il semble difficile de concevoir qu'une même personne soit à la fois titulaire ou non titulaire de cet attribut particulier au gré des circonstances ou de la loi applicable. L'unité de la personne sociale, comme l'unité de la personne civile, nous paraît un principe d'équilibre juridique.

Si quelques règles timides, et à portée limitée, annoncent la volonté du législateur de construire une définition unitaire du statut salarial, force est de constater qu'au sein du Droit Social le trait dominant est encore la relativité de la notion de salariat.

a) *La tendance vers une définition unitaire.*

Il est possible de déceler les éléments d'une telle évolution au travers de certaines dispositions législatives, générales ou particulières.

Les unes se rattachent aux *mesures protectrices de la rémunération*. La loi du 2 août 1949, (art. 60 a — L 1 du Code du Travail) organisant un régime spécial de saisie-arrêt des salaires, sur le fondement de leur « caractère alimentaire », s'applique à toutes les personnes travaillant à quelque titre que ce soit, pour le compte d'un ou plusieurs employeurs, quels que soient la nature, le montant ou la forme de la rémunération. La formule employée rejoint celle de l'article L 241 du Code de la

Sécurité sociale. Cette influence indéniable de l'idéologie de la Sécurité sociale sur le Droit du Travail s'exerce toutefois dans un domaine bien spécifique, celui du salaire, où les deux disciplines juridiques concourent, par des techniques différentes, à garantir des moyens d'existence au travailleur.

Le décret-loi du 24 décembre 1954 modifiant l'art. 44 a du Code du Travail poursuit le même objet pour des raisons identiques, en définissant dans les mêmes termes les personnes pouvant exiger la délivrance du bulletin de paie.

Sur le plan des mesures particulières on peut citer l'identité de statut des représentants et des travailleurs à domicile, les textes de la Sécurité sociale les définissant par référence aux articles du Code du Travail (art. 29 K et Art. 33 du livre 1).

b) *La relativité de la notion de salariat.*

A tout autre égard, l'absence d'unité est évidente, la notion de « salarié assimilé », admise par la législation de la sécurité sociale, n'ayant pas pénétré dans le Droit du Travail. La situation juridique de certaines personnes, au regard du Droit Social, se révèle pleine d'incertitude. Les dirigeants de sociétés, bien qu'assimilés dans certains cas aux salariés par la Sécurité sociale, n'acquièrent pas cette qualité au regard du Droit du Travail. Les inspecteurs et agents des compagnies d'assurances sont tantôt considérés comme des « non-salariés (droit du travail) » tantôt comme des « salariés » (assurances sociales et accidents du travail). Il en est de même des artistes du spectacle, bénéficiaires des lois du travail si la preuve est apportée de l'existence d'un lien de subordination alors que l'art. L 242/1 du Code de la Sécurité sociale institue à leur égard une présomption de salariat.

Une présomption similaire est instituée en faveur des gérants « non-salariés » de coopératives et des gérants de succursales sans se référer à leurs conditions de travail ; cependant la loi du 3 juillet 1944 ne confère pas aux premiers la qualité de salarié : elle les désigne expressément sous le terme de « non-salariés » écartant ainsi l'application en leur faveur de la réglementation du Livre II du Code du Travail à l'exception des congés payés.

Quant aux seconds, le statut de « salarié », au sens traditionnel du mot, n'est admis que si le chef d'entreprise fixe lui-même et approuve le règlement intérieur de la succursale. On est tenté d'expliquer ces divergences entre les deux droits en considérant que la question est mal posée : la notion de salariat ne serait plus une condition de l'assujettissement aux assurances sociales et aux accidents du travail. En ce sens MM. Brun et Galland notent « qu'il n'est plus nécessaire aujourd'hui d'être salarié pour bénéficier de la Sécurité sociale » (2).

C'est abstraction faite de la qualité de salarié que les dirigeants de Sociétés relèvent dans certains cas de son champ d'application, puisque

(2) *Traité de Droit du Travail*, p. 287.

les termes de l'art. L 241 du Code de la Sécurité sociale permettent d'atteindre tous ceux qui travaillent pour le compte d'autrui.

A vrai dire les données du problème n'en sont pas modifiées, encore faut-il définir ce que l'on entend par « travail au profit d'un tiers » ? La difficulté à résoudre, si elle est d'un autre ordre, subsiste. Doit-on considérer qu'aux deux catégories traditionnelles, salariés d'une part et non-salariés d'autre part, vient s'adjoindre une catégorie intermédiaire qui n'appartient ni à l'une, ni à l'autre, ou qui participe à la fois de l'une et de l'autre. De là le terme de « salariés-assimilés » par lequel on désigne les personnes en faisant partie.

En vérité le travail pour autrui s'identifie au salariat ; leur élément essentiel et commun demeure le lien de subordination juridique ou administratif. Si l'on ne tient pas compte de ce critère, il n'y a plus de démarcation, puisque la loi ignore toujours où commence et où finit le travail pour autrui ; entre la liberté et la dépendance dans le travail, il est difficile d'établir un moyen terme.

C'est la notion de salariat, même envisagée lato sensu, qui délimite encore aujourd'hui le domaine des assurances sociales. La preuve en est fournie par les difficultés à déterminer la situation des membres de la famille qui travaillent dans l'entreprise familiale : le concours professionnel apporté par l'un des conjoints lui confère-t-il ou non la qualité de salarié ?

La législation sociale moderne accueille l'idée de relation de travail entre époux, si deux conditions sont remplies : exécution réelle d'une prestation de travail ; paiement effectif d'une rémunération (3).

La jurisprudence impose une exigence supplémentaire : l'exécution d'un contrôle d'employeur à employé qui peut se révéler incompatible avec les rapports personnels des époux découlant du régime matrimonial. Néanmoins, si ces éléments sont réunis, à supposer qu'ils ne soient pas fictifs, l'un des époux acquiert la qualité de salarié à l'égard de l'autre et relève du champ d'application de la Sécurité sociale. Jouira-t-il pour autant du statut de salarié dans le cadre du Droit du Travail ? Les rapports entre époux semblent inconciliables avec les prérogatives consenties aux autres salariés : délai-congé, congés-payés, fonctions électives, licenciement et droit de grève notamment. Un autre phénomène se dessine dans les relations d'entraide familiales : la notion de salariat peut prendre un caractère de pure fiction, destiné dans l'intérêt commun des époux à permettre l'octroi d'avantages sociaux ou fiscaux. Le droit social par sa puissance d'expansion bouleverse littéralement les règles traditionnelles du droit.

(3) Loi du 14 avril 1952.

SECTION II

*L'OSMOSE ENTRE LE CONTRAT DE TRAVAIL
ET LES CONTRATS VOISINS*

La relativité des statuts juridiques rend imprécise la notion de salariat, dont le contenu varie selon la loi applicable. Cette incertitude est aggravée par le fait que certaines personnes (dirigeants de sociétés, membres du groupement familial) décident par un acte de volonté unilatérale de leur condition juridique à l'égard de la loi sociale, en fonction de leurs intérêts particuliers et peuvent ainsi s'astreindre ou échapper à l'assurance obligatoire.

Les oppositions fondamentales établies par le Droit Civil et le Droit Commercial entre les diverses formes de l'activité humaine s'estompent ; cette altération des règles classiques est démontrée par deux constatations : l'osmose entre le contrat de travail et les autres contrats d'activité ; le bouleversement des concepts traditionnels, né du conflit opposant les règles du Droit Social et celles du Droit Civil.

En conférant la qualité de « salarié assimilé » à certains mandataires ou petits entrepreneurs, le législateur réalise des apparentements qui rendent encore plus délicate et complexe la délimitation entre les divers contrats ayant pour objet l'activité humaine. Il en résulte des disparités de statuts qui ne se justifient pas toujours ou même des imbrications qui confèrent une double qualité juridique à certains travailleurs.

A. — LES DISPARITÉS DE SITUATIONS JURIDIQUES.

On distingue chez les représentants de commerce plusieurs catégories : s'ils répondent à la définition légale, ils jouiront du statut et seront assujettis à la Sécurité sociale en l'absence de toute subordination juridique, signe du contrat de travail ; à l'inverse, ceux qui ne remplissent pas les conditions du statut professionnel seront considérés comme des salariés ordinaires s'ils sont liés par un contrat de travail : ils auront la qualité de « salarié » au regard de la législation de Sécurité sociale mais seront exclus du bénéfice du statut et notamment du droit à l'indemnité de clientèle et seront moins bien traités que les représentants statutaires. Enfin les agents commerciaux constituent un groupe à part : ce sont des mandataires liés par un contrat « conclu dans l'intérêt commun des deux parties » (décret du 23 décembre 1948 Art. 3).

La distinction entre le travailleur à domicile et l'artisan façonnier est des plus malaisée. La loi du 6 juillet 1957 supprime, parmi les éléments indifférents à la détermination de la qualité de salarié, la mention de l'inscription au registre des Métiers qui figurait dans la rédaction anté-

rière de l'art. 33 : désormais il n'y a plus lieu de « s'attacher à la circonstance qu'ils sont inscrits ou non au Registre des Métiers ». Consulté sur la portée à donner à cette suppression, le Conseil d'Etat, dans un avis du 22 avril 1959 (4), considère que le façonnier inscrit au registre des métiers ne peut, en vertu de l'art. 8 de la loi du 6 juillet 1957, fixant le statut de ces travailleurs, bénéficier des dispositions de l'art. 33 du Livre 1 du Code du Travail visant les travailleurs à domicile.

Par son esprit, la solution de la Haute-Assemblée s'inspire des travaux préparatoires de la loi, « les parlementaires ayant insisté sur la nécessité de délimiter avec exactitude les champs d'application respectifs du statut des travailleurs à domicile et du statut des façonniers indépendants » : l'inscription au registre des métiers devient un critère objectif et déterminant du non assujettissement.

La qualité de « salarié » reste donc incertaine. Il suffira au donneur d'ouvrage, pour échapper à ses obligations, d'exiger que le travailleur à domicile prenne une inscription artisanale alors que les conditions de travail demeurent, à quelque chose près, identiques ; le façonnier sera tantôt salarié, tantôt travailleur indépendant, par le simple jeu d'une fiction inverse à celle que nous avions constatée dans les relations de travail entre époux. C'est un indice annonçant la réapparition du formalisme juridique, que la loi du 7 mars 1957 condamne pourtant dans l'hypothèse des représentants de commerce.

De même, l'article L 242 du Code de la Sécurité sociale confère de plein droit la qualité de « salarié » aux « courtiers, inspecteurs et autres agents non patentés des entreprises d'assurance » dont la condition est très voisine de celle des représentants de commerce. A l'égard du Droit du Travail, en revanche, ceux-ci sont considérés, en général comme des mandataires ne bénéficiant que des mesures protectrices prévues en cas de rupture du contrat par l'article 23 du Livre I du Code du Travail.

En outre, des différenciations subsistent puisque les agents des assurances maritimes et fluviales, des assurances aviation, des sociétés de capitalisation ne relèvent pas des statuts prévus en faveur des agents des assurances « incendie, accidents, vie et risques divers », lesquels jouissent de l'indemnité dite de « portefeuille » réparant le préjudice causé par la perte de la clientèle en cas de départ, et analogue à l'indemnité de « clientèle » des représentants et placiers statutaires.

La possession d'une carte d'identité professionnelle, considérée comme une simple mesure administrative permettant le contrôle de certaines activités (5), entraîne certains effets juridiques.

La Cour de Cassation estime que l'attribution de la carte ne suffit pas à établir la qualité de journaliste professionnel (6) et à attribuer à un représentant le bénéfice du statut. Cependant, seuls les représentants exerçant leur profession dans les conditions de l'article 29 K sont susceptibles de recevoir délivrance de la carte d'identité qui est réservée à

(4) *Bull. Jurid.*, S.S. 25-1959.

(5) V.R.P. — Journalistes.

(6) Cass. Civ. 2 juin 1955 — *Bull.* 1955 n° 489, p. 373 ; Cass. Soc. 2 juil. 1954 — *Bull.* IV 489 — 367.

leur usage. La législation de Sécurité sociale accorde donc à ceux qui en sont titulaires, la présomption de salariat (7). Telle semble bien être la solution adoptée en la matière puisqu'un texte, l'arrêté du 11 février 1955, attribue la qualité de salarié à l'égard de la sécurité sociale aux collaborateurs de presse, rémunérés à la « pige », titulaires de la carte d'identité de journaliste professionnel.

Nous vérifions ainsi combien il est difficile de déterminer le domaine du salariat. Il gagne de plus en plus de terrain au détriment des professions libérales ; il absorbe certains mandataires ou entrepreneurs. La sphère d'action du mandat ou du contrat d'entreprise se rétrécit. Ces phénomènes de mutation sont plus profonds dans le droit de la Sécurité sociale que dans le Droit du Travail, en raison de l'attraction qu'exerce le salaire social sur les éléments non salariés qui, pour pouvoir compter au nombre des parties prenantes, revendiquent la qualité de « salarié ».

On observe toutefois, que cette osmose entre « catégories » sociales s'accomplit par des procédés juridiques différenciés selon la profession ; qu'elle se présente avec des amplitudes variables de sorte que, placés de par leur activité professionnelle *dans des situations juridiques presque similaires*, certaines personnes peuvent obtenir ou se voir refuser le statut de salarié.

Un phénomène encore plus déroutant apparaît : une même personne est parfois l'objet d'une double qualification juridique ; son statut social se dédouble. La symbiose du contrat de travail et des autres contrats d'activité entraîne la création de rapports juridiques « sui générés » qui, par leurs éléments constitutifs ne se rattachent plus à aucune des catégories juridiques existantes, ce qui rend toute classification illusoire.

B. — L'APPARITION DES DOUBLES QUALIFICATIONS JURIDIQUES ET LEUR EXPLICATION.

Il s'agit là d'un phénomène lié à l'évolution de l'activité économique et sociale qui prend les formes les plus diverses. Autrefois, l'individu n'avait que l'option entre deux formes d'activité : ou bien il exerçait librement sa profession en toute indépendance ; ou bien, ne disposant pas des capitaux nécessaires pour créer une entreprise personnelle qui soit sa seule propriété, il devenait salarié en « louant » sa force de travail. Encore, dans la première hypothèse il avait un choix : celui d'entrepreneur ou de profession libérale ; la forme juridique de son activité se rattachait aux catégories classiques du Code Civil ; le louage d'ouvrage ou d'industrie, le louage de choses, le contrat de société ou le contrat de mandat.

Les relations juridiques se sont multipliées ; elles empruntent leur support simultanément au contrat de travail et aux autres contrats d'activité. Il s'ensuit que le régime juridique de certaines activités est souvent indéterminable en raison de la difficulté de définir les rapports

(7) *Traité de la Sécurité sociale* — Titre I, p. 37.

réels liant les parties ; celles-ci participent, non d'un seul type de contrat, mais de deux ou plusieurs types de contrat.

Ce phénomène d'interpénétration se déroule selon deux processus diamétralement opposés ayant pourtant un résultat identique : la multiplication du nombre de personnes qui ont un statut « hybride ». Tantôt un travailleur salarié accède à un régime de « semi-liberté » dans les conditions d'exercice de sa profession et vient ainsi s'interposer entre l'entrepreneur principal et le salarié proprement dit ; tantôt un travailleur indépendant, en transformant son activité individuelle en activité sociale, réunit sur sa tête la double qualité de mandataire et de salarié, d'employeur et de « gérant d'affaires » salarié. Ainsi la double qualification juridique qu'acquièrent ces personnes procède ou bien de la nature particulière de leurs professions se situant entre l'entreprise principale et les salariés ou bien de la forme juridique donnée à l'activité professionnelle. Dans un cas comme dans l'autre, l'entreprise originaire se dépouille d'une partie de ses attributions au profit de tiers.

1°) Les situations juridiques procédant de la nature intermédiaire de certaines professions.

Ces situations juridiques spécifiques résultent de ce que l'entreprise moderne fait de plus en plus appel à de multiples intermédiaires qui se comportent comme des éléments « décentralisés de l'entreprise ». Ce démembrement n'est pas sans comporter de nombreux intérêts fiscaux ou sociaux.

L'industriel qui envisage d'organiser la vente de ses produits peut avoir recours à des commerçants indépendants ou préférer, jusqu'à la vente à la clientèle, conserver la propriété de sa marchandise et le contrôle du réseau de distribution, grâce au développement de succursales tenues par des gérants (8). Un entrepreneur peut estimer préférable de confier à des « tâcherons » l'exécution, moyennant un prix forfaitaire, d'une partie des travaux qui lui sont confiés. Quel sera le statut juridique de ces gérants ou tâcherons qui disposeront de toute latitude pour embaucher la main-d'œuvre nécessaire. Qui supportera les charges sociales : le succursaliste et le sous-entrepreneur ou l'établissement principal ? Le problème se pose également au sujet des agents généraux d'assurances appelés à recruter des sous-agents. Le législateur, mis en présence du conflit, ne tranche pas toujours le débat, et consacre généralement le principe de la double qualification juridique comme solution de compromis.

Les gérants de succursales ou de dépôts sont tantôt des salariés, tantôt des chefs d'établissement. Ils bénéficient personnellement de la législation de Sécurité sociale, quelle que soit la nature de l'entreprise, établissement industriel ou commercial, société à succursales multiples, coopérative de consommation. En revanche, le droit du Travail leur impose les obligations communes à tout employeur : ce qui exclut l'idée même du

(8) P. Durand — L'influence du Droit du Travail et du Droit de la Séc. Soc. sur les formes de l'activité professionnelle, *Dt Soc.* 1956, pp. 145 et suiv.

contrat de mandat ; l'article 3 alinéa 1 de la loi du 3 juillet 1944 qualifie les gérants non salariés des coopératives et des maisons d'alimentation de « chefs d'établissement » à l'égard du personnel qu'ils emploient, dès lors qu'ils ont toute liberté en matière d'embauchage, de licenciement et de fixation des conditions de travail. Il en est de même des autres gérants de succursales (article 2, dernier alinéa de la loi du 21 mars 1941). A noter que la législation de Sécurité sociale ne précise pas si le gérant, en qualité d'employeur, supporte les cotisations dues pour le compte du personnel auxiliaire.

Cependant la Cour de Cassation semble favorable à l'adoption des règles en vigueur dans le Droit du Travail, dès lors qu'aucun lien contractuel tacite ou exprès ne place le personnel auxiliaire sous l'autorité de la société-proprétaire. Ceci revient à examiner dans chaque cas d'espèce, en dehors de toute règle générale, les éléments de fait (9).

Les décrets portant statut des agents d'assurances n'ont pas pris parti sur la nature du contrat auquel ils confèrent, à vrai dire, un caractère « sui generis » tenant à la fois du louage de services et du mandat. Considérés comme des salariés dans leurs rapports personnels avec la compagnie, ils sont les mandataires de celle-ci à l'égard des tiers souscripteurs, n'étant pas tenus de se consacrer exclusivement à l'exercice de la profession ce qui les différencie des représentants de commerce (10).

Fréquemment, dans certaines professions : couture, bâtiment, spectacles, un personnage, jouant le rôle de sous-traitant, accepte d'un donneur d'ouvrage, moyennant une rémunération globale, la charge de l'exécution du travail effectué avec une équipe qu'il recrute lui-même. S'il est inscrit au registre du commerce ou au registre des métiers et propriétaire d'un fonds de commerce, aucun problème ne se pose : même si le sous-traitant ne fournit par la matière première, c'est un sous-entrepreneur indépendant. A l'inverse, lorsqu'un non professionnel se présente comme un simple fournisseur de main-d'œuvre à l'égard de l'entrepreneur principal, il y a contrat de « marchandage » ; celui-ci est prohibé, aux termes de l'article 30 b du livre 1^o du Code du Travail, s'il a pour objet « l'exploitation des ouvriers », c'est-à-dire, selon une interprétation déjà ancienne de la jurisprudence, dans la mesure où il est abusif (11). Acheteur de main-d'œuvre pour son propre compte, spéculant sur le travail d'autrui, le marchandeur est un employeur.

Toutefois, l'idée de profit disparaît totalement dans le contrat d'équipe où le sous-traitant assure la répartition totale de la rémunération obtenue du chef d'entreprise, entre tous les membres du groupe. En l'absence de textes, l'analyse juridique de ces ententes se révèle incertaine, d'autant que les rapports contractuels sont très diversifiés. Le sous-traitant est-il un salarié ou un entrepreneur de main-d'œuvre ? La question a donné lieu à une jurisprudence très contradictoire, surtout

(9) Cour de Cass. 15 juin 1960 — *Bull. Jur.* 43-1960 — Cour de Cas. 30 juin 1960 — *B.J. Crim.* 4 fév. 1898 — *D.P.* 1898-1-369 — Note J. Appleton.

(10) Brun et Galland, p. 263, n^o 11-74.

(11) Chambres réunies — 31 janv. 1901 — S. 1902 — I.157, Note J.A. Roux — *D.P.* 1901 — 1.169. Conclusions Laferrière.

pour les artistes du spectacle. Tout dépend de l'aménagement des conventions : on ne peut résoudre la question qu'en examinant le contenu des rapports groupement-entrepreneur principal d'une part, et d'autre part, les rapports des membres du groupement entre eux.

Si le chef d'équipe traite en qualité de mandataire, chacun des membres de l'entente passe un contrat individuel de travail avec le donneur d'ouvrage ; le sous-traitant est à la fois mandataire et lui-même salarié. Parfois, il y a contrat de sous-entreprise entre le groupement pris collectivement et l'établissement principal. Le sous-traitant est un entrepreneur à l'égard de celui-ci ; mais, à l'intérieur du groupement, il conserve la qualité de salarié sociétaire.

On constate ainsi, au sein des ententes d'équipe, un phénomène de fusion entre le contrat de travail, le contrat d'entreprise, ou le contrat de mandat. Cette osmose donne naissance à une forme de société communautaire de travail se répartissant, sur une base égalitaire ou proportionnelle au travail fourni par chacun, une véritable rémunération commune. Eu égard à l'absence d'un élément fondamental de l'entreprise, le capital, le salaire commun étant le produit du travail de tous, on ne peut déceler l'existence d'une personne morale distincte des membres qui la composent titulaire d'un patrimoine social. Véritable groupement de fait, aucune disposition ne le réglemente de sorte qu'il est impossible de le rattacher à une institution juridique existante.

Mais la double qualité : entrepreneur et salarié, du chef d'équipe, semble confirmer la thèse qu'un ouvrier associé avec d'autres, bien que n'ayant pas d'employeur, peut avoir le statut de salarié.

C'est un exemple remarquable de phénomène juridique de transition comparable aux phénomènes biologiques de mutation des espèces dans la nature. Le couple classique employeur-salarié, fondement de la relation de travail, disparaît dans le contrat d'équipe ; pour qu'il puisse se reconstituer, il faut que la personne de l'employeur réapparaisse sous une forme juridique nouvelle, en dehors de toute existence biologique et corporelle. La personne morale, créée à partir d'un groupement d'individus, pourvue d'un minimum d'organisation susceptible d'exprimer l'intérêt collectif du groupement, distinct des intérêts individuels de chacun des participants, se substitue à l'employeur personne physique dans la relation de travail.

Sous cette nouvelle réalité juridique se profilent cependant toujours les personnes physiques qui ne sont pas entièrement isolées de la personne morale. Celle-ci devient-elle l'employeur de la personne physique chargée néanmoins de la représenter ?

II°) *Le contenu relatif des statuts juridiques procédant de la forme juridique donnée à l'activité professionnelle.*

La transformation d'une activité professionnelle individuelle en activité sociale est susceptible d'altérer le statut juridique des individus constituant les organes de la personne morale. La constitution d'une société permet-elle de créer un lien de dépendance suffisant pour conférer au travailleur indépendant, devenu associé, la qualité de salarié à l'égard

de la personne morale, considérée comme employeur ? (12). On se rend compte aussitôt que cette construction juridique, même si elle est admise, procède d'une fiction ; l'existence de la personne morale qui se superpose à la personne de l'associé.

Dans les sociétés de personnes, la coexistence des deux personnalités, celle de la société et celle de l'associé, ne produit aucun bouleversement. L'associé en nom collectif conserve à tous égards son statut originaire de non salarié sur le plan fiscal, social ou commercial. Dans la gestion de la société, il se comporte non en mandataire, mais en maître de l'affaire, son patrimoine personnel étant tenu des engagements sociaux au même titre que le patrimoine social.

La situation se présente différemment pour les dirigeants des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée, en raison de leur double qualité de mandataire de la personne morale et d'associé ou actionnaire.

La qualité de salarié peut leur être reconnue s'ils ne sont que l'instrument de la volonté collective. Mais s'il s'agit de sociétés coopératives ouvrières de production, chaque membre est à la fois associé et travailleur, alors même qu'il n'est investi d'aucune fonction de direction ou de représentation.

a) *Le régime juridique des membres des sociétés coopératives de production.* Animées de l'esprit coopératif, ces sociétés ouvrières de production se rapprochent du contrat d'équipe. Toutefois une distinction s'impose : celui-ci ne donne naissance qu'à un groupement de fait, dépourvu de la personnalité juridique, alors que les premières sont constituées par actions, sous l'une des formes déterminées par la loi du 24 juillet 1867. Deux traits caractérisent les rapports des membres du groupement entre eux : la suppression du profit capitaliste et la règle de l'égalité.

Cette société s'apparente donc à une communauté de travail admise à une vie juridique non éphémère mais durable, doublée de la personnalité morale ; ses membres sont des associés travailleurs ayant la double qualité de sociétaires et de salariés. Cette thèse admise très tôt par la Cour de Cassation (13) fut consacrée par le législateur ; les « membres des sociétés ouvrières de production » sont assimilés, vis-à-vis de la Sécurité sociale (art. L. 242 du Code), à des salariés. Cette forme d'entreprise a éveillé de grands espoirs, mais suscité peu de réalisations (14). Elle offre cependant, dans le cadre de notre étude, un intérêt juridique évident, car elle réalise une fusion du contrat de société et du contrat de travail.

Les membres de la coopérative fournissent un travail et reçoivent une rémunération, non à titre de salariés, liés par un contrat de travail, mais en tant que sociétaires.

Une partie de la réglementation du travail ne leur est pas applicable ; par exemple, les règles sur le congédiement des salariés ne sortent pas

(12) P. Durand, *op. cit.*

(13) Cour de Cass. 26 oct. 1939.

(14) Rivero et Savatier, *Manuel de Droit du Travail*, p. 139.

à effet en cas d'exclusion d'un membre de la coopérative (15). Les rapports des membres dérivent du contrat de société, caractérisé par « l'affectio societatis » dont l'un des facteurs est la volonté d'union de chacune des parties. L'esprit coopératif renforce cette convergence des volontés ; tous les associés sont placés sur un pied d'égalité : l'art. 29 du Livre III Titre II du Code du Travail n'attribue à chaque sociétaire qu'une seule voix quel que soit le nombre de parts dont il dispose.

Contrairement à ce que l'on observe dans d'autres sociétés, le principe d'égalité semble devoir être admis ici sans réserves. Il en résulte qu'entre les associés il n'y a aucun lien de dépendance, les uns par rapport aux autres. Caractéristique encore plus remarquable, celui-ci n'existe pas même à l'égard des travailleurs « non capitalistes » de la coopérative ; l'article 30 (Livre III Titre II du Code du Travail) réserve à tous les travailleurs, sociétaires ou non, occupés dans l'entreprise, une répartition des « excédents » de gestion au prorata des salaires touchés ou du temps de travail fourni au cours de l'exercice.

Un rapport d'équilibre tend à s'instaurer entre les deux protagonistes sociaux : le capital et le travail, dont les intérêts opposés paraissent avoir trouvé, au sein de ce cadre sociétaire, un terrain de conciliation. N'est-ce pas la disparition de ce conflit capital-travail qui justifie l'extension aux membres sociétaires de la double qualité d'associé et de salarié ?

Envisagé sous cet angle, le régime juridique de la société coopérative semble avoir pour effet de conférer à ses membres, le statut « réel » de salarié, et la condition « formelle » d'associé. Est-on vraiment en présence de sociétés ? Il est permis d'en douter quand on remarque que ces sociétés ne recherchent pas de bénéfices et n'en peuvent pas promettre à leurs membres sous forme de dividendes sur les résultats financiers de l'exercice écoulé (16).

Par ces traits, la coopérative devient une société « formelle » et une association « réelle » puisque le but « lucratif » disparaît. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que la liquidation de la coopérative entraîne la simple restitution des apports et la répartition du boni, non aux « actionnaires », mais à d'autres coopératives ou à des œuvres d'intérêt général, trait distinctif de la dissolution des associations. En outre, la retraite, la démission ou l'exclusion d'un sociétaire n'ouvre, au profit de ce dernier, que la reprise de son apport (art. 31 Livre III Titre II du Code du Travail).

Il semble que la forme sociétaire des coopératives n'ait été voulue que pour permettre à cette « association » de travailleurs de poursuivre un but économique, qui, sans cela lui aurait été refusé. Il n'y a plus de conflit entre les intérêts antagonistes du capital et du travail, car le capital est purement « fictif » (17). On comprend ainsi que la société

(15) Rivero et Savatier, *op. cit.*, p. 277.

(16) *Droit Commercial* — Julliot de la Morandière, p. 487 — Egalt. Rodière et Houin.

(17) La loi n° 53-1235 du 14 déc. 1953 (Art. 27, Livre III, Titre II du *Code du Travail*) limite à 5.000 AF. le montant nominal de la part sociale.

ne soit elle-même qu'une personne morale « fictive » qui joue exclusivement le rôle d'employeur à l'égard de ses membres ; ceux-ci demeurent, en fait comme en droit, des salariés aux droits identiques à ceux des non-sociétaires puisque le partage des boni de gestion est effectué entre les ouvriers et employés, comme le souligne l'arrêt de la Cour de Cassation du 26 octobre 1939, « sans qu'il soit aucunement distingué entre les travailleurs, membres de la société, et les ouvriers et employés qui ne sont pas sociétaires ».

Il eût été contraire à l'équité de considérer comme « capitalistes » des associés qui n'ont pas plus de droits, hormis la reprise de leurs actions, que les non actionnaires, salariés de la coopérative.

Cette construction juridique ne se retrouve plus dans les autres sociétés commerciales où la condition juridique des associés est celle de « capitalistes » au sens réel du terme. Comment concevoir qu'ils puissent acquérir parallèlement la qualité de « salariés » ?

b) *Le régime juridique des membres des autres sociétés commerciales.* La société est définie par l'art. 1832 du Code Civil comme un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». La recherche et surtout le partage des bénéfices est l'essence même du contrat de société. Selon l'expression de M. Le Doyen Ripert, la société n'est qu'une bonne « machine » du régime capitaliste et cette machine n'est créée que pour réaliser des bénéfices (18).

Groupement d'intérêt patrimonial, la société suppose la mise en commun des apports dans un but intéressé. C'est cette participation de chaque associé, qui se réalise normalement en capital ou en nature, et plus rarement en industrie, qui est l'autre fait du contrat de société. L'associé met en commun avec d'autres, une fraction de son patrimoine qu'il espère ainsi faire mieux fructifier que par une gestion purement individuelle ; il demeure un capitaliste dans la mesure où il contribue aux aléas communs des autres associés : les risques de pertes sont la marque de sa condition juridique, dont il ne peut s'affranchir, même par une stipulation du contrat de société (art. 1855 2^e alinéa du Code Civil).

L'associé est détenteur d'une fraction du capital social, non à titre de créancier, mais en tant que propriétaire. Son droit de propriété ne porte plus sur des éléments individualisés ; il se traduit dans une quote-part du capital social proportionnelle à ses apports initiaux ou successifs (en cas d'augmentation du capital social par distribution de parts ou actions) ; il reste donc un propriétaire « virtuel ».

Il se distingue, en ce sens, de l'obligataire qui, dans les sociétés par actions, dispose d'un simple droit de créance contre la société, lui ouvrant droit à l'intérêt de son prêt et au remboursement de l'obligation.

(18) Cité par M. Despax — *L'Entreprise et le Droit*, p. 352. Ripert, *Aspects juridiques du Capitalisme moderne*.

L'associé participe aux bénéfices en tant que « capitaliste », ce qui explique la différence fondamentale qui l'oppose au salarié ordinaire de la société, notamment si celui-ci est appelé à recevoir une part des bénéfices. On a soutenu, dans cette dernière hypothèse, que le salarié s'élevait au rang d'associé et que le contrat de travail se transformait en contrat de société. La jurisprudence n'a pas admis cette thèse, à juste titre, en analysant la clause de participation aux bénéfices en un complément de salaire (19). C'est un aspect de l'opposition irréductible de l'intérêt du capital et de l'intérêt du travail au sein de l'entreprise capitaliste, même lorsque celle-ci se moule dans le cadre sociétaire. La qualité de salarié est incompatible avec une promotion à la qualité d'associé, du simple fait de l'existence d'un intéressement aux bénéfices, car le salarié ne peut s'immiscer dans la gestion de la société. Il n'a pas le droit de communication à tous les documents : inventaire, bilan, pertes et profits, reconnu à l'associé et encore moins le droit de les contester. La jurisprudence, dans un souci de protection des salariés, admet un contrôle du montant des bénéfices par un expert judiciaire tenu au secret professionnel (20).

Cependant, la Cour de Cassation semble subordonner cette possibilité de vérification à la preuve préalable, par le salarié, d'une fraude de ses droits ; toute éventualité de contrôle devient, en fait, impossible, la preuve de la fraude ne pouvant résulter que d'un examen des livres de l'employeur (21).

En revanche, il est curieux d'observer que l'on admet le phénomène inverse : l'accession de l'associé au rang de salarié. En effet, les associés occupant une fonction dans la société peuvent être liés à celle-ci par un contrat de travail. De même, les dirigeants de société acquièrent dans certains cas, la condition juridique de salariés, ce qui entraîne une confusion entre leur statut d'associé et celui de travailleur subordonné, alors que ces deux régimes sont apparemment incompatibles. Comment justifier cette apparence de deux contrats ?

Chacun s'accorde à reconnaître que le contrat de société exclut tout lien de subordination entre les associés placés sur un pied d'égalité et liés par une volonté commune, « l'affectio societatis ». Le contrat de société est une convention de « collaboration », les intérêts de chaque participant convergeant vers un but unique : la réalisation de bénéfices. Entre eux, aucun conflit ne peut naître : aucune identité par conséquent avec le contrat de travail qui suppose une opposition d'intérêts entre l'employeur et le salarié, entre le capital et le travail.

Dès lors, on fait appel à une fiction pour expliquer le double statut juridique de l'associé qui fournit son activité au profit de la société.

On estime qu'il n'y a pas fusion de deux contrats antinomiques,

(19) Voir *Supra* — 1^{re} partie, titre I.

(20) C. Soc. 19 mars 1954 — *Bull.* 1954 — IV, n° 201, p. 153.

(21) C. Soc. 9 mars 1956, *I.C.E.* 1956, p. 521.

postulant, l'un des intérêts homogènes, l'autre des intérêts hétérogènes, mais au contraire, juxtaposition ou coexistence, de deux séries de rapports qui ne se combinent jamais. Les rapports des associés entre eux sont régis par le pacte social qui rejette toute idée de dépendance. Aucun associé, fut-il gérant, actionnaire majoritaire ou même président-directeur général, n'est le subordonné des autres : « l'affectio societatis » serait une formule vide de sens s'il en était autrement.

Mais un associé, s'il ne peut être le salarié de son co-associé, peut être placé sous la subordination de la société en tant que personne morale, distincte des membres qui la composent. Ainsi, l'associé, grâce à cette construction juridique, jouira d'un double statut : celui de capitaliste et celui de salarié ; on conçoit aisément combien cette analyse, valable sans doute sur le plan théorique, demeure artificielle dans la réalité.

1°) *Sur le plan de la théorie juridique*, elle permet d'expliquer que, selon la forme de société adoptée, l'associé ne puisse pas accéder à la qualité de salarié. Il en est ainsi pour les associés en nom collectif comme pour les commandités dans les deux sortes de commandites, lesquels sont responsables indéfiniment des engagements pris par la société. Dans ces sociétés, les créanciers sociaux sont aussi les créanciers personnels des associés ou commandités, et la faillite de la société entraîne celle des associés. Il se produit, à l'égard des tiers, une confusion des patrimoines propres de chaque associé et du patrimoine social : cette absence d'isolement du patrimoine social, a pour conséquence d'altérer le principe d'intangibilité du capital social et d'estomper fortement la personnalité morale de la société.

Cet effacement partiel de la personnalité morale se traduit dans l'impossibilité pour l'associé d'être le salarié de la société ; il ne serait, en fait, que son propre employeur, société et associé ne constituant pas réellement deux personnes distinctes sur le plan patrimonial. La personnalité morale de ces sociétés, n'ayant d'existence que sur le plan extra-patrimonial, apparaît ici comme un simple procédé technique. Est-ce à dire que l'isolement du patrimoine social, qui est une réalité dans les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée, donne plus de force à la personne juridique de ces sociétés ? Qu'il s'ensuivrait que rien ne s'oppose à ce que l'associé puisse être le salarié de la personne morale.

2°) Ici apparaît l'artifice que peut comporter la notion de personne morale des sociétés. La réalité vient souvent contredire la théorie juridique. De multiples exemples montrent que l'individu commerçant tente de masquer une activité personnelle derrière la personnalité apparente de la société. Celle-ci n'est parfois qu'une façade destinée à dissimuler l'activité propre du maître de l'affaire. Si la constitution du pacte social et le nombre de parts sociales qui lui sont dévolues lui permettent d'acquérir la qualité de salarié au regard de la législation sociale, il obtient celle-ci par le jeu d'une simple fiction alors que dans la réalité des faits, il est dans la même situation que l'associé en nom collectif ;

il est son propre salarié et non celui de la personne morale créée de toutes pièces. On aboutit à la notion de salariat « fictif » qui heurte de front les principes traditionnels, dans la mesure où l'on se réfère au contrat de travail pour qualifier les relations entre la société et ses dirigeants. On constate le même phénomène à propos des relations de travail entre époux.

CHAPITRE II

LA NOTION DE « SALARIAT FICTIF » ET LE BOULEVERSEMENT DES PRINCIPES TRADITIONNELS :

Au terme d'une lente évolution dont l'orientation malgré son caractère insidieux ne fait aucune doute, le législateur semble admettre l'idée qu'il est possible de découvrir, dans certaines situations bien particulières, l'existence de rapports de travail fondés sur un lien de subordination, créé fictivement par les intéressés eux-mêmes, dans le but de jouir de la condition de salarié, et partant devenir sujet de droit du salaire social.

Telle est au fond la conséquence la plus surprenante de la conception classique du salaire. Le Droit social voit naître une notion étrange, celle de salariat « fictif », venant se juxtaposer à la conception traditionnelle de salariat réel. En subordonnant le paiement du salaire social à la justification d'une prestation de travail dépendant, le Droit de la Sécurité sociale provoque, par réaction, le développement des contrats de travail entre époux et la transformation des formes juridiques données à l'activité professionnelles.

Le cadre sociétaire est préféré au cadre individuel ; il est ensuite aménagé de telle sorte qu'il puisse permettre aux dirigeants ou associés d'accéder à la qualité de salarié, dans le domaine de la législation sociale, tout en conservant les prérogatives du « capitaliste » dans la vie civile ou commerciale.

Sur le plan social, l'accroissement numérique des personnes admises au statut salarial apparaît souhaitable dans la mesure où il contribue à étendre le champ de la protection sociale. Il n'en demeure pas moins que les procédés utilisés pour réaliser cet objectif se déroulent sous le signe de l'insolite, dans les deux séries de cas envisagées.

La validité de la relation de travail entre époux est mise en doute par l'existence des liens matrimoniaux qui traduisent davantage une idée d'association postulant des intérêts homogènes, alors que le contrat de travail suppose un conflit entre des intérêts rivaux ; le droit social entre en conflit avec le droit de la famille.

Cette distinction entre les deux notions de subordination et d'association d'intérêts, si elle est moins délicate dans les rapports associés-société, entraîne toutefois une telle perturbation du statut juridique des dirigeants de sociétés, qu'il est difficile de savoir si la conciliation entre la condition d'associé, et celle de travailleur subordonné est réel-

lement possible ? En tous cas peut-on dire qu'elle n'est pas dépourvue d'une part d'arbitraire laissée à la volonté privée, ce qui nuirait à l'équilibre des notions juridiques ?

SECTION I

LE CARACTERE FICTIF DE LA RELATION DE TRAVAIL ENTRE EPOUX

La controverse est aujourd'hui classique. Un contrat de travail peut-il être conclu entre deux conjoints ? Certes, rien ne semble s'y opposer ; le Code Civil ne prohibe pas, d'une façon générale, les contrats entre époux, (art. 1123 et 1595 du Code Civil). On observe toutefois, que l'aménagement des rapports professionnels entre époux n'est pas sans comporter de nombreuses équivoques dans l'hypothèse où l'un des époux est le salarié de l'autre. L'institution familiale devient le siège d'un conflit entre le capital et le travail. L'idée d'association, fondement même des droits et devoirs respectifs des époux, n'est-elle pas en opposition avec la notion de subordination qui découle de l'existence d'une relation de travail ? Une réponse affirmative semble devoir s'imposer si l'on admet que la famille est une communion d'intérêts, d'autant plus que rien ne s'oppose à ce que cette collaboration professionnelle des époux s'exprime aujourd'hui dans le cadre sociétaire.

A. — *La nature des rapports professionnels entre époux.*

Les règles du droit commercial, du droit fiscal et du droit social autorisent les époux à prévoir l'organisation de leurs rapports professionnels soit sur une base égalitaire, soit sur une structure d'inégalité.

a) *Le cadre sociétaire et l'idée d'association.* L'ordonnance du 19 décembre 1958 (1), modifiant l'article 1841 du Code Civil, n'admet-elle pas la validité d'une société entre époux lorsque la forme juridique de la société limite la responsabilité encourue par les associés (S.A.R.L. ou S.A.) ?

Leurs apports respectifs ne sont plus regardés comme des donations déguisées portant atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 du Code Civil). Il est exact que la qualité de chef de famille est reconnue au mari, non dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt commun des époux et des enfants. Sa prééminence au sein de la famille n'a plus pour fondement l'idée de puissance maritale : elle s'explique exclusivement parce que la famille comme toute institution humaine a besoin d'un administrateur.

(1) Jean Hémard, *Le nouveau régime des sociétés entre époux*, D. 1959, p. 27.

N'est-ce pas la femme qui se substitue au mari dans ce rôle « hiérarchique » lorsque celui-ci est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ? L'égalité des droits qu'implique « l'affectio societatis » n'est pas incompatible avec la situation respective des époux, aussi bien dans le domaine patrimonial qu'extra-patrimonial : l'évolution tend à conférer à la femme autant de pouvoirs qu'au mari. On peut même dire que, par un curieux renversement, la femme dispose, dans certains cas, de plus de prérogatives que son mari au cours du régime matrimonial (2). Ce retour à l'équilibre des pouvoirs des époux coïncide avec le cadre sociétaire qui rejette toute idée de suprématie d'un associé à l'égard de l'autre. Le mariage est une union d'intérêts entre époux, fruit de la vie commune ; cette collaboration semble en harmonie avec la volonté d'association, trait caractéristique de « l'affectio societatis ». La femme est d'ailleurs l'associée du mari dans la vie commune ; pourquoi ne le serait-elle pas également dans la vie professionnelle ?

b) *La relation de travail et l'idée de subordination.* En revanche, le contrat de travail révèle une situation diamétralement opposée à celle du contrat de société ; les rapports employeur-salarié traduisent l'idée de subordination. La femme peut-elle prendre le rang d'inférieure en devenant l'employée de son mari ? Et, contraste encore plus frappant, celui-ci peut-il devenir le « commis », l'auxiliaire, le subordonné de sa femme ? On se rend compte aussitôt que le jeu normal des règles des régimes matrimoniaux écarte toute notion de subordination juridique entre les époux, laquelle suppose une rupture de l'équilibre des pouvoirs.

Cependant, le législateur moderne accueille favorablement la validité du contrat de travail entre époux, non seulement dans le domaine de la Sécurité sociale, mais aussi sur le plan fiscal.

C'est même par un texte d'ordre strictement fiscal, que l'évolution des idées se précise pour la première fois ; la loi de Finances du 13 mai 1948 autorise les chefs d'entreprise à déduire du bénéfice imposable le salaire du conjoint participant effectivement à l'exercice de la profession, sous réserve du paiement des charges sociales y afférentes. Appelé à préciser les critères déterminants du lien de salariat, le Conseil d'Etat, le 28 juin 1948, formule quatre exigences : une activité professionnelle et constante, un salaire comptabilisé, une rémunération normale, l'existence d'une relation d'autorité d'employeur à employé. Dernier stade d'évolution, la loi du 14 avril 1952 n'impose plus que deux conditions : la participation effective et constante à la profession et le bénéfice d'une rémunération égale à celle qu'aurait acquise un tiers étranger à la famille.

Nous avons déjà souligné que la Cour de Cassation exige la preuve du lien de subordination ce qui dénote la tendance restrictive de la Cour Suprême quant à l'admission de la qualité de salarié dans les rapports entre époux (3). Ainsi, législation et jurisprudence sont en

(2) *Les régimes matrimoniaux* — Cours du Professeur G. Lambert, Faculté de droit de Nice — 1963 (Inédit).

(3) C. Soc. 19 juil. 1956 — Quest. Séc. Soc. 1956, p. 339 — C. Soc. 14 avril 1956 — *Dt Social* 1956, p. 450.

conflit : l'une confère la qualité de salarié au conjoint dès lors qu'une simple relation de travail lie les époux, sans retenir l'idée de toute origine contractuelle ; l'autre s'attache à rechercher la réalité de la notion de salariat à partir du lien de subordination ; ce faisant, la Cour Suprême reconnaît la validité du contrat de travail entre époux à condition qu'il soit « réel » et non « fictif ». Il est aisé de déduire de l'attitude de la jurisprudence que la relation de travail entre époux est considérée par elle comme une fiction, puisque les fictions sont généralement d'interprétation restrictive.

M. Freyria, analysant « la notion de relation de travail entre époux » conclut : « il faut prétendre que la loi couvre le salariat fictif d'un conjoint par l'autre, en vue de permettre l'affiliation à la Sécurité sociale » (4). Il ne peut en être autrement, car le salariat entre époux est en contradiction avec la structure des rapports construits par le droit familial.

B. — *La convergence des intérêts au sein de l'institution familiale.*

La famille est une union d'intérêts ; à ce titre, la relation de travail entre époux est une fiction. Ceci se vérifie à travers l'analyse de leurs rapports personnels et de leurs rapports pécuniaires.

a) *Sur le plan des rapports personnels.* Une partie de la doctrine estime pourtant qu'il n'y a pas incompatibilité entre les rapports professionnels subordonnés et les rapports nés du statut matrimonial. Ceux-ci se situent sur des plans différents. Au contraire, les relations de travail rendent plus fructueuse et plus étroite la collaboration des époux, tout en ne compromettant pas les prérogatives du mari dans la direction du ménage, l'éducation des enfants, la fixation de la résidence de la famille (5).

Observons d'ores et déjà, qu'il ne s'agit ici que des obligations extrapatrimoniales nées du mariage. Il est évident que la qualité de chef de famille du mari, envisagée sous cet angle, ne lui confère pas des droits incompatibles avec la subordination découlant du contrat de travail, même lorsqu'il est lui-même salarié de sa femme. Il n'y a pas bouleversement radical des principes traditionnels du droit familial.

En revanche, une remarque capitale démontre que l'époux n'est pas, ne peut jamais être un salarié au sens juridique du terme. D'une part, l'autorité du chef de famille est difficilement conciliable avec l'exercice, par le conjoint salarié, notamment s'il s'agit de la femme, des différents droits jaillis de la lutte des classes (6) ; d'autre part, l'accession aux fonctions électives au sein de l'entreprise aboutirait à opposer les deux époux sur le plan professionnel, si tant est qu'il puisse y avoir opposition alors que le mariage suppose une volonté de communion. Il n'est pas jusqu'aux garanties sur la stabilité de l'emploi, qui ne peuvent être

(4) *Droit social* 1952, pp. 465 et suiv.

(5) Durand et Vitu, *op. cit.* N° 156 et 157.

(6) Freyria, *op. cit.*

reconnues au conjoint, en cas de licenciement : les époux sont tenus d'un devoir réciproque de secours et d'assistance, et le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 212 et 214 du Code Civil).

b) *Sur le plan des rapports pécuniaires.* Le contenu fictif de la relation de travail entre époux est encore plus apparent lorsqu'on abandonne l'examen des rapports personnels des époux pour envisager les rapports pécuniaires nés du régime matrimonial. L'époux qui apporte sa collaboration à l'entreprise familiale peut-il jouir du statut propre de salarié, qui se traduit par l'existence d'un intérêt propre et distinct, sinon rival de celui de l'employeur ? On peut l'admettre sous le régime dotal ou de séparation où chaque époux conserve son autonomie patrimoniale. Encore ne faut-il pas exagérer, outre mesure, cette absence d'intérêts convergents car la vie en commun ne peut manquer d'entraîner l'apparition d'une masse de biens confondus, et notamment d'une caisse commune, créée pour permettre à chaque époux de contribuer aux charges du ménage (7).

Néanmoins, la femme séparée de biens, surtout si elle ne dispose d'aucune fortune personnelle, aura intérêt à acquérir la qualité de salariée, si elle apporte à son mari, chef d'entreprise, son concours professionnel, et la notion de salariat a pour support l'opposition d'intérêts des deux époux.

Toute différente est la situation en régime communautaire où la rivalité d'intérêts disparaît totalement. Ici, l'existence d'une subordination juridique se révèle inconciliable avec le statut matrimonial. Les époux sont sur un pied d'égalité aussi bien dans la communauté légale que dans la communauté réduite aux acquêts. Tous les revenus, échus pendant le mariage (article 1401) ou provenant de l'industrie commune, entrent dans l'actif commun (art. 1498 du Code Civil).

La collaboration apportée par l'un des époux à l'activité professionnelle de l'autre signifie travail commun accompli dans l'intérêt commun du ménage, et se traduit donc par l'idée d'association (8). Certes, on peut faire valoir certains arguments d'ordre psychologique et considérer que cette aide conjugale, dans le cadre professionnel, se distingue de l'activité domestique, et que tout travail ainsi accompli mérite une rémunération au même titre que celui effectué chez un tiers. Encore faut-il que cette rémunération soit réelle et n'ait pas la simple valeur d'un salaire d'ordre, la loi se bornant à imposer, comme moyen de preuve, l'existence d'un salaire comptabilisé.

Si le mari est salarié, il pourra disposer de la rémunération versée qui conserve cependant la qualité de bien commun puisqu'il est administrateur de la communauté. En est-il de même pour la femme salariée de son mari ? On doit observer que la femme n'a que l'administration, la jouissance et la libre disposition des « biens réservés » qu'elle acquiert par l'exercice d'une profession séparée de celle de son mari (art. 224 du

(7) G. Lambert, *op. cit.*

(8) Freyria — La notion de relation de travail en époux — *Dt Social, op. cit.*

Code Civil). Or, il résulte des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1907 que cette règle ne joue que si l'activité de la femme s'exerce au profit d'un tiers ; les gains résultant du travail commun des époux échappent au régime des biens réservés ; ils suivent le sort des biens communs et restent soumis au pouvoir du mari, bien que remis réellement à la femme. Le salaire perçu par la femme dans ces conditions n'a pas vocation à tomber dans son patrimoine « réservé » ; l'un des éléments essentiels du contrat de travail devient « fictif ».

L'activité peut également devenir fictive. L'intérêt des époux commande parfois de simuler l'existence d'une relation de travail, sans participation effective et constante, avec un salaire d'ordre comptable, en vue de bénéficier des avantages fiscaux et sociaux ; « l'assujettissement à la sécurité sociale devient ainsi indépendant du versement d'un salaire et de toute relation de travail rémunéré » (9).

Toutes les données juridiques sont bouleversées. D'une part, la relation de travail n'a plus pour fondement l'existence d'un lien contractuel, générateur d'obligations réciproques : pour le salarié, l'exécution de la prestation de travail, pour l'employeur, le paiement d'une rémunération. D'autre part, alors que les rapports des époux, en régime communautaire, traduisent l'idée d'association et même procèdent directement de la notion de société puisque tout travail reste commun et suppose et un partage de bénéfice et un partage de l'actif commun à la dissolution de la communauté, on érige l'institution familiale au rang d'entreprise capitaliste individuelle, l'un des époux représentant les intérêts du capital et l'autre ceux du travail.

L'analyse du statut juridique des personnes physiques au sein de sociétés commerciales nous conduit, à travers des processus identiques, à la même observation : cette confrontation de l'idée de subordination et de l'idée d'association.

SECTION II

LA PERTURBATION DU STATUT JURIDIQUE DES PERSONNES PHYSIQUES AU SEIN DES SOCIÉTÉS.

Dans le cadre sociétaire, la relativité des statuts juridiques est telle, qu'il est aujourd'hui pratiquement impossible de dégager des règles de principe susceptibles de définir la nature des rapports qui unissent les personnes physiques à la personne morale. Soulignons que cette situation ne se rencontre que dans certaines formes de sociétés commerciales : les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée où la qualité d'associé peut se juxtaposer à celle de mandataire ou même à celle de salarié.

(9) Freyria, *op. cit.*

Le problème revêt un intérêt primordial car l'expérience révèle que de nombreuses sociétés à responsabilité limitée ne sont que des façades derrière lesquelles un seul intéressé, maître réel de l'affaire, mène une entreprise commerciale sans en courir les risques. En conférant aux dirigeants de ces sociétés un statut social plus favorable que celui attribué au commerçant individuel, le législateur favorise le développement de cette forme juridique d'activité professionnelle, alors que dans la réalité, ces transformations ne correspondent pas toujours à des transformations réelles de structure sociologique (10).

On assiste à un phénomène de paradoxe qui explique peut-être les difficultés et les contradictions du droit moderne. Dans le domaine du Droit Commercial, les interventions législatives s'efforcent de faire réapparaître l'individu sous le couvert du groupe en démasquant ceux qui font le commerce sous le couvert d'une société de façade ; en étendant la faillite de la société aux gérants, associés, ou administrateurs qui se sont comportés comme les maîtres de l'affaire, la loi leur confère implicitement la qualité de commerçant. En revanche, la législation sociale moderne admet très largement la notion de salariat dans les rapports associés-société ; à la limite, cette orientation aboutit à substituer au salariat réel un salariat fictif puisque l'assujettissement à la Sécurité sociale n'est plus conditionné par une origine contractuelle.

Il s'ensuit, d'une part, que la condition juridique des dirigeants et associés de ces sociétés est relative puisqu'elle varie selon la loi applicable ; d'autre part, la présomption de salariat édictée en leur faveur, dans certaines hypothèses, accentue l'incertitude des solutions et fait éclater la notion de contrat de travail.

A. — LA RELATIVITÉ DE LEUR CONDITION JURIDIQUE.

Les associés et dirigeants de société ont un statut hétérogène : ils sont soumis à un régime juridique à contenu variable, selon que l'on envisage le Droit du Travail, le Droit de la Sécurité sociale ou le Droit commercial. Cette relativité résulte d'abord de la nature diversifiée de leurs fonctions au sein de la société, ensuite de l'impuissance du Droit à définir un statut homogène ; le Droit commercial et le Droit social obéissent chacun à des règles juridiques dont la conciliation se révèle difficile, étant donné qu'elles se situent sur des plans différents et ne paraissent pas avoir le même objectif. L'idée d'association affronte à nouveau l'idée de subordination et la question se pose de savoir si la conciliation de ces deux notions antinomiques est possible.

1°) *La nature diversifiée de leurs fonctions.* Rien ne s'oppose, en droit, à ce qu'un associé soit lié à la société dont il est membre par un contrat de travail (11). Il est fréquent qu'une personne accepte

(10) P. Durand, *Influence du Dt du Travail et du Dt de la S.S. sur les formes de l'activité professionnelle*, op. cit.

(11) C. Soc. 28 avr. 1955 — J.C.P. 1955, IV, 86.

de constituer, avec d'autres, une société à responsabilité limitée afin de placer une partie de son avoir et de le faire fructifier. Parallèlement, elle peut occuper dans l'entreprise sociétaire, ainsi constituée, un emploi manuel ou intellectuel, au même titre qu'un tiers étranger à la société. Celle-ci n'a-t-elle pas intérêt à adjoindre à son personnel, comme contre-maître ou chef d'atelier, un de ses membres qui apportera plus de soins et de conscience professionnelle à l'accomplissement de sa fonction puisqu'il est directement intéressé par la répartition des bénéfices obtenus ?

Cette situation se rencontre souvent dans les sociétés de famille. Ne faisant pas le commerce en son propre nom, l'associé peut avoir la qualité de salarié, si celle-ci résulte d'un contrat distinct, indépendant du contrat de société.

Au contraire, cette situation est inconcevable dans les sociétés de personnes où les associés en nom collectif et les commandités ont la qualité de commerçants, condition incompatible avec l'existence d'un contrat de travail accessoire les liant à la société : l'associé, c'est la société elle-même.

Dans les sociétés anonymes, la qualité d'actionnaire ne fait pas obstacle à la conclusion d'un contrat de louage de services par lequel la société confère des fonctions purement techniques à l'un de ses membres, et non des fonctions d'administrateur. Il faut donc être en présence d'un contrat de travail sérieux, conférant à l'actionnaire des fonctions nettement délimitées et subordonnées. Le phénomène inverse peut se produire à la suite d'une souscription lorsque des actions sont remises au personnel de la société à titre individuel. Cette formule avait été retenue par certains grands établissements, tels les Grands Magasins du Printemps.

En revanche, les difficultés naissent lorsque l'associé est rémunéré en contrepartie des fonctions de direction ou d'administration qui lui sont confiées dans la société. C'est le cas du gérant-associé dans la société à responsabilité limitée, des administrateurs ou directeurs généraux dans la Sté anonyme. En dépit de l'existence de la personnalité morale, une société ne saurait être assimilée à une personne humaine. Impuissante par elle-même, elle doit être représentée par des personnes physiques qui agissent en son nom. Ce sont les organes de la société.

Peut-on dire que les dirigeants sont les organes de la société ? Les règles admises en matière de sociétés confèrent cette qualité à l'Assemblée. L'administrateur, comme le gérant, ne sont autres que des représentants chargés d'exécuter les décisions de l'Assemblée. Or, en vertu des règles générales du Droit, le représentant n'engage jamais directement le représenté en matière délictuelle ; il répond de ses fautes personnelles. A l'inverse, le représentant engage contractuellement le représenté, car il ne s'identifie pas avec la société. Le gérant ou l'administrateur ne s'engagent pas personnellement pour leurs actes car ils agissent pour le compte de la société. Ce sont donc des mandataires.

Les dirigeants de société sont-ils néanmoins des préposés ? Dans la rigueur des principes, on peut l'admettre si l'on considère que l'Assemblée choisit le gérant et les administrateurs et a le pouvoir de les révoquer. Ils ne sont révocables que pour des causes légitimes (art. 24

alinéa 3 loi de 1925 et art. 22 loi de 1867) ; la révocation *ad nutum* peut donner lieu à des dommages intérêts s'il est établi qu'elle constitue un abus de droit. Cette remarque a peu d'importance puisqu'en l'état du droit positif français, seule la subordination juridique, et non plus le choix, est déterminante d'un tel lien de préposition.

Est-ce à dire qu'on puisse reconnaître que les dirigeants sociaux sont dans un état de subordination à l'égard de la société ? Tout se ramène à la notion de pouvoir. Le gérant et l'administrateur peuvent-ils agir seuls ? On constate alors que les pouvoirs des dirigeants dans le droit des sociétés sont généralement définis par les statuts. En règle générale, ils ont le pouvoir d'accomplir tous les actes d'administration et tous les actes de disposition. Certes, ces prérogatives leur sont conférées sous le contrôle de l'Assemblée dont ils sont les mandataires. En vérité, l'expérience révèle que l'entreprise sociétaire est fortement hiérarchisée, ce qui confirme la réflexion de M. E. James : « Peu importe son titre, « propriétaire de l'affaire, directeur général, administrateur délégué, « quelle que soit la forme juridique prise par l'entreprise, elle a besoin « d'être soumise à une autorité unique, forte, adroite, patiente » (12).

Il en est ainsi au sein de la société à responsabilité limitée. Le gérant assure seul la marche de l'entreprise sociétaire ; on souligne d'ailleurs à ce propos le caractère autocratique de cette forme de société où le gérant, bien que mandataire, est souvent le vrai maître de l'affaire sinon en droit, du moins en fait, puisqu'étant généralement désigné par les associés majoritaires. Même lorsque la société est dirigée par un collège de gérance, l'un des gérants jouit d'une prééminence morale sur les autres et dirige, en principe, l'affaire comme un chef unique. La notion de subordination s'estompe devant l'existence d'une autorité réelle du gérant en tant que chef es qualité.

En est-il différemment pour la société anonyme dont l'organisation est hiérarchisée, (assemblée, Conseil, direction) sur la base du principe de démocratie ? Une évolution s'est produite dans ce domaine tendant essentiellement à faire sortir de l'ombre les dirigeants, et à atténuer le caractère libéral de l'organisation instituée par la loi de 1867. Un personnage, le président-directeur-général, a vu son autorité grandir en même temps que la société anonyme est devenue la chose des administrateurs, et non plus celle des actionnaires. Traditionnellement investi de fonctions honorifiques, le président du Conseil d'administration prend obligatoirement la direction de la société avec le titre de président directeur général. Désormais, « il assure sous sa responsabilité la direction générale de la société » (loi du 16 novembre 1940 et 4 mars 1943).

Ainsi que le souligne M. Michel Despax, « la loi de 1940 s'inspire à l'évidence du souci d'assurer dans les sociétés anonymes une suite de commandements que le régime antérieur ne connaissait pas » (13). Il devient le chef souverain de l'entreprise sociétaire, et pourtant, toujours nommé et révoqué par le conseil d'administration. Il y a là un manque

(12) E. James, *Les formes d'entreprise*, p. 108 — Cf. M. Despax : *L'entreprise et le droit*, p. 276.

(13) Michel Despax, *op. cit.*

d'équilibre puisque la direction est dépendante tout en disposant d'un pouvoir indépendant ; dans la pratique, le conseil suit le président plus qu'il ne le dirige.

On conçoit difficilement en fonction de ces données nouvelles la possibilité de croire à l'existence d'un état de subordination à l'égard de la société, aussi bien chez le gérant de S.A.R.L., que chez le président directeur général de société anonyme.

Pourtant, contrairement à toutes les prévisions, le législateur consacre implicitement, en matière de Sécurité sociale, le principe contraire puisqu'il range, dans certains cas, les dirigeants de sociétés parmi les personnes obligatoirement affiliées. Ces contradictions du droit contemporain rendent hasardeuse la définition d'un statut juridique homogène.

II. — *L'impuissance du Droit à définir un statut homogène.*

Pour se convaincre de l'impasse devant laquelle se trouve le juriste, lorsqu'il doit délimiter le régime juridique des dirigeants de sociétés, il suffit de mettre en parallèle les règles édictées par le Droit commercial et le Droit social. Le droit positif français consacre l'idée que la nature des relations entre les sociétés et leurs dirigeants se modifie suivant la législation applicable. Cette absence d'homogénéité est difficilement explicable : la relativité des notions juridiques ne peut être qu'un « ultimum subsidium », admissible dans la mesure où il est considéré comme indispensable pour clarifier un problème et résulte d'une analyse scientifique démontrée et justifiée.

a) *La conception commercialiste.* Rappelons que nous envisageons exclusivement deux formes de sociétés commerciales : la société à responsabilité limitée et la société anonyme. La condition juridique des dirigeants de ces sociétés à l'égard du droit commercial a subi une profonde évolution, laquelle n'est que l'écho des transformations que le législateur a apporté à l'organisation de leur vie sociale, sous le double impératif des nécessités du crédit moderne et de la protection des droits des tiers. Elles avaient été conçues, à l'origine, soit pour permettre à des personnes liées par des liens de famille ou d'amitié, ne disposant pas de capitaux importants, de se grouper pour faire le commerce, sous une raison sociale, sans engager leur patrimoine personnel (S.A.R.L.), soit pour réaliser la réunion de capitaux importants nécessaires à la création d'entreprises gigantesques sans lesquelles le développement du capitalisme moderne n'aurait pu se faire (Société anonyme).

L'expérience révèle cependant les dangers d'une limitation de la responsabilité des associés ou de l'anonymat. Les textes récents, dans le souci d'assurer une protection plus efficace des créanciers et de conférer plus de sécurité au droit des affaires, fondé essentiellement sur la confiance, modifient le cadre traditionnel.

Une société ne peut être entièrement anonyme ; la notion de responsabilité limitée aux apports est altérée, et sans aller jusqu'à admettre l'idée de responsabilité sociale indéfinie, l'effort du droit tend à faire réapparaître l'individu sous le couvert du groupe en engageant en partie sa fortune personnelle. L'activité commerciale, même exercée sous une

raison sociale ne peut être totalement exempte de risques. Il s'ensuit que le statut juridique des personnes chargées de la Direction de la société se transforme. Les lois de 1867 et 1925 les considéraient comme des mandataires des associés ; leurs actes n'engageaient contractuellement que le représenté, de sorte qu'ils n'avaient pas la qualité de commerçant.

Cette idée de mandat n'est plus conforme à la réalité. Déjà, sous le régime de la loi de 1925, les gérants de S.A.R.L. sont investis d'un mandat « sui generis » ne correspondant pas intégralement aux règles posées par le Code Civil ; les décrets des 30 octobre 1935 et 9 août 1953 accentuent l'évolution. La même tendance s'affirme avec les lois du 16 novembre 1940 et du 4 mars 1943 qui confèrent des pouvoirs très étendus aux dirigeants de sociétés anonymes. Désormais, la notion de mandat s'estompe et le statut moderne des dirigeants de société en fait des mandataires d'un type particulier, dotés, en droit comme en fait, d'un pouvoir absolu et indépendant ayant pour contrepartie un accroissement de leur responsabilité. Ils s'identifient ainsi de plus en plus avec la société personne morale qu'ils représentent ; en droit ils n'ont toujours pas la qualité de commerçants ; en fait, ils encourent les mêmes responsabilités qu'un commerçant individuel.

1. — *L'atténuation des règles du mandat quant aux pouvoirs conférés aux dirigeants de sociétés.* Cette idée se vérifie dans les deux types de sociétés considérées.

La loi de 1925 (art. 24) qualifie les gérants de S.A.R.L. de mandataires des associés, qu'ils soient ou non, salariés ou gratuits. Leur qualité de mandataires résulte de ce qu'ils sont nommés par les associés pour un temps limité, ou sans durée limitée. La révocation est aussi le fait des associés mais elle ne peut intervenir que pour des causes légitimes ; les mêmes règles jouent en matière de représentation où la jurisprudence, par dérogation au principe posé par l'art. 2004 du Code Civil, admet la révocation du mandat si elle est rendue nécessaire par une faute imputable au mandataire (14).

Toutefois, la cause légitime de révocation sera appréciée souverainement par les tribunaux qui, en principe, rejettent la conception objective du motif légitime (présence du gérant indésirable, quels que soient les faits invoqués au regard de l'intérêt social) qui aboutirait à rétablir le principe d'une révocabilité *ad nutum*, que l'alinéa de l'article 24 n'exprime pas. La règle dominante est donc celle de l'irrévocabilité alors que les règles du mandat posent le principe de la libre révocabilité du mandataire. Le gérant s'apparente à un organe inamovible. Il en est d'autant plus ainsi que la jurisprudence exige que la décision de l'Assemblée soit prise à la majorité requise pour les modifications de statut ; cette solution fait obstacle à la révocation du gérant possédant plus du quart du capital social, celui-ci participant au vote décidant de son propre « congédiement ».

Toute idée de mandat disparaît lorsqu'on examine les pouvoirs du

(14) Civ. 19 nov. 1889 — D.P. 1890, I, 295.

gérant. La loi de 1925 donne au gérant « tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances ». Cette conception est empruntée au droit allemand où le « *prokura* » est le mandat commercial donnant à une personne le droit de faire tous les actes que comporte l'exercice d'un commerce : aussi l'article 24 rend-il inopposable aux tiers toutes limitations contractuelles des pouvoirs du gérant.

Certes, celui-ci exerce sa mission sous le contrôle des associés mais l'efficacité réelle de leurs droits quant à la gestion de la société est douteuse. Ce refus du gérant de se plier aux directives données n'est pas considéré comme une cause légitime de révocation. En définitive, la volonté des associés a peu d'importance ; ceux-ci sont sous la *dépendance* du gérant qui est en fait *le maître absolu* de la société.

Il en est différemment, dans la pratique, lorsque le gérant n'est qu'un prête-nom, permettant de dissimuler, sous le couvert d'une société de façade, l'activité commerciale d'un des associés majoritaires, véritable maître de l'affaire. Mais, dans ce cas, le droit moderne démasque la réalité sous l'angle de la responsabilité de l'associé à l'égard des tiers, notamment en cas de faillite. Peut-on dire que ces observations ne sont plus valables dans la société anonyme où la forme démocratique de l'organisation constitue les associés en maîtres de la société, les dirigeants n'étant que leurs mandataires ? Les faits sont éloignés de cette conception qu'avait fait prévaloir la loi de 1867. Les actionnaires n'exercent en fait qu'un pouvoir théorique. Le pouvoir réel appartient aux dirigeants de la société (15). La théorie du mandat ne trouve matière à application que dans un seul domaine : celui du droit des associés de nommer et révoquer les administrateurs, celui du conseil de désigner et révoquer le président-directeur-général. C'est l'application intégrale de la règle de l'art. 2004 du Code Civil qui confère au mandat un caractère révocable. La conception contractuelle qui prévaut dans la société anonyme entraîne la révocabilité *ad nutum* des administrateurs. La jurisprudence lui donne encore plus d'efficacité qu'en droit civil en conférant un caractère d'ordre public à la libre révocabilité : une clause statutaire ne peut y faire obstacle et l'on ne peut l'atténuer par la règle du « juste motif » comme dans la société à responsabilité limitée.

En revanche, sur le plan des pouvoirs, le conseil reste un organe délibérant et la société anonyme est organisée sur la base du régime présidentiel ; le véritable chef est le président-directeur-général, pouvoir exécutif de la société. La loi déclare « qu'il assure sous sa responsabilité la direction générale de la société » (art. 2 alinéa 1^o loi 1940 modifiée L. 4 mars 1943).

Il cesse d'être un simple mandataire substitué désigné à cet effet par la société. Seul, le président peut être directeur-général ; seul, il nomme le comité d'étude chargé d'examiner, à titre consultatif, les questions qu'il désire lui soumettre. C'est lui encore qui propose le directeur-général adjoint. Il dispose donc d'un pouvoir légal de direction et cette omnipotence lui confère sur le plan de la gestion, le rôle du maître de l'affaire.

(15) Ripert, *Droit Commercial*, p. 483.

On peut, dès lors, s'étonner qu'en contradiction avec l'article 2 de la loi de 1940, la jurisprudence de la Cour de Cassation ait admis le cumul de ces fonctions légales avec celles de directeur technique (16), ce qui se traduit par la confusion sous un même titre de la qualité d'employeur et employé. Son statut personnel se rapproche de celui d'un commerçant puisqu'il est électeur et éligible aux tribunaux de commerce. Cette idée se vérifie par l'analyse des responsabilités qu'il peut encourir.

2. — *L'aggravation de la responsabilité des dirigeants de sociétés.* Certes, la qualité de commerçant n'est pas reconnue au président en tant que chef de la société, mais il en supporte toutes les conséquences en cas de faillite ; sa responsabilité personnelle étant alors engagée, la théorie du mandat ne sort plus à effet. Son sort est lié, comme celui d'un associé en nom collectif ou d'un commandité, à celui de la personne morale. L'art. 4 de la loi du 16 novembre 1940 considère le président « comme commerçant pour l'application de la présente loi ». Le texte en tire deux conséquences : « le président est soumis à la déchéance attachée par la loi à la faillite » ; en outre, le tribunal peut décider à la demande du syndic, si la faillite ou le règlement judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actif, de mettre à la charge du président tout ou partie des dettes sociales.

Il est vrai, ainsi que l'observe la doctrine, qu'une telle responsabilité pécuniaire pèse également sur les administrateurs. Cette présomption de responsabilité est étendue aux gérants de S.A.R.L., dans les mêmes conditions, par le décret du 9 août 1953 (modifiant l'art. 25 de la loi de 1925).

Ce dernier texte révèle l'état du droit positif puisqu'il assimile les associés aux gérants à condition qu'ils aient participé effectivement à la gestion de la société. Ainsi la société à responsabilité limitée se rapproche des sociétés de personnes.

La responsabilité encourue par ceux qui gèrent une entreprise sociale est en tout point assimilable à celle d'un commerçant individuel dès lors qu'il y a faillite sociale. L'idée qui est à la base de cette assimilation est une idée de présomption de faute, permettant de mettre en jeu de plein droit la responsabilité des personnes physiques. Responsabilité très lourde, car les règles du droit de la responsabilité sont profondément transformées quant au fondement de l'action en responsabilité. Celle-ci trouve sa source dans une nouvelle cause qui n'est ni l'inobservation de la loi, ni la faute de gestion, mais *la notion d'insuffisance d'actif*. En outre, le calcul de la réparation n'est plus fonction du dommage, mais fonction de la faute. Les règles générales du droit de la responsabilité sont bouleversées puisqu'on voit réapparaître dans ce domaine la notion de peine privée, technique disparue du droit classique et moderne.

Les présomptions édictées par les textes peuvent être combattues par la preuve contraire, notamment en démontrant que la société a été gérée en bon père de famille. Il n'en demeure pas moins qu'au principe classique de la responsabilité limitée au montant des apports fait place

(16) Cass. 25 févr. 1957 — D. 1958, I, note Ripert.

la responsabilité illimitée des personnes physiques, quant au passif social : la réparation peut aller jusqu'à couvrir l'insuffisance d'actif. Le large pouvoir d'appréciation laissé au juge permettra de graduer la responsabilité des associés ou administrateurs eu égard à l'importance de la faute commise.

La loi de 1940 et le décret du 9 août 1953 rétablissent ainsi l'égalité de traitement entre le commerçant personne physique et le commerçant agissant sous le couvert d'une société. Ces textes confirment la tendance annoncée par le décret du 8 août 1935 portant application aux mandataires sociaux coupables de certains actes, des peines de la banqueroute dans les conditions des articles 614-6 et 614-7 du Code du commerce et les déchéances du droit d'administrer ou de gérer toute société. Par l'effet de ces dispositions, le mandataire sera rayé de la vie commerciale ; à l'instar du commerçant individuel, il ne pourra même pas obtenir la réhabilitation pénale. Il n'y a pas de condamnation pénale (la déchéance est prononcée par le Tribunal de Commerce), ni réhabilitation commerciale (il n'est pas personnellement en faillite). On écarte de la vie des sociétés ceux qui ont donné la mesure de leur incapacité professionnelle, en conduisant la société à la faillite.

Sur le plan civil, le décret-loi du 8 août 1935 (article 446 nouveau du Code du Commerce) admet l'extension de la faillite sociale à toute personne qui « sous le couvert de la société a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé, en fait, de biens sociaux comme des biens propres ». On vise à rendre la faillite de la société commune à ceux qui, sans prendre une part apparente à l'administration de cette société, étaient, en réalité, les animateurs et les vrais maîtres.

L'examen de la jurisprudence révèle que l'extension de la faillite sociale n'est qu'une manifestation de la responsabilité personnelle. Doctrine et jurisprudence s'efforcent de dégager le fondement de cette responsabilité en faisant appel aux techniques du droit commun. L'idée de fraude des droits des tiers, avancée pour expliquer cette responsabilité du commerçant de fait, est insuffisante. La théorie de l'apparence, qui a une plus grande résonance en Droit Commercial, paraît plus acceptable. Les décisions font état de « simulation frauduleuse », de « société de façade », ou « société masque » : le caractère fictif de la société, privant celle-ci de sa personnalité morale, expliquerait ainsi le fondement de cette responsabilité des personnes physiques, membres de la société.

Cette dépersonnalisation déclenche la *responsabilité indéfinie des associés* parce qu'il y a confusion en fait, sinon en droit, de leurs patrimoines propres avec le patrimoine social. Dans un arrêt du 10 janvier 1956 (17) la Cour de Cassation admet l'extension de la faillite au maître de l'affaire dans une espèce où le gérant détenait les 9/10^e du capital social, ne rendait aucun compte à ses prétendus associés, circonstances démontrant que la société avait toujours été considérée par lui comme sa propre chose, « *la personnalité de la société étant absorbée par celle*

(17) Cass. Com. 10 janv. 1956 — *Bull. Civ.* 1956, III, 16.

du gérant ». Une fois la personne fictive écartée, on s'aperçoit que le « maître de l'affaire » doit être mis en faillite, puisqu'il est partie aux contrats soi-disant sociaux ; il en retire la commercialité et répond de leur inexécution sur l'ensemble de son patrimoine d'une façon indéfinie.

En recherchant la réalité derrière l'apparence, le Droit Commercial marque ce souci de faire apparaître la personne physique derrière la fiction de la personne morale dans l'intérêt des tiers, quel que soit le type de sociétés considérées. Si la loi qualifie les dirigeants sociaux de mandataires, les pouvoirs qu'elle leur octroie et les responsabilités qu'ils encourrent attestent que le terme est souvent usurpé : leur statut se rapproche de celui de commerçants individuels, à cette différence près que le commerce est fait sous une raison sociale. Le Droit social estime pourtant que les mécanismes juridiques placent, dans certaines conditions, les mandataires sociaux sous la dépendance de la personne morale.

b) *Les solutions contradictoires du Droit social*. Le problème se pose en fait sous un angle différent dans le Droit du Travail et dans le Droit de la Sécurité sociale. Le premier consacre des solutions en harmonie avec les dispositions du Droit commercial ; à l'inverse, la législation de Sécurité sociale assimile les dirigeants de sociétés à des salariés, et les règles qu'elle édicte, loin de concorder avec le statut commercial, sont en contradiction avec lui.

1) *Le Droit du Travail* consacre la conception classique des lois de 1925 et 1867. Les dirigeants sociaux, en tant que mandataires de la personne morale, ne bénéficient pas des règles protectrices de la législation du travail. Cette solution est consacrée par la jurisprudence : le gérant, même minoritaire, est un organe de la société non lié à la personne morale par un contrat de travail ; aussi le Conseil de Prudhomme est-il incompétent pour connaître les litiges qui l'opposent à la société ; la révocation n'entraîne pas le droit aux indemnités de rupture du contrat de travail (18). Le Droit commercial autorise le gérant à se pourvoir devant le Tribunal de commerce, s'il estime sa révocation abusive ; dans la mesure où les juges reconnaissent l'abus de droit commis par les associés, la Cour de Cassation considère que le gérant doit être remis en fonction et la révocation annulée (19). Les rémunérations versées au gérant ne s'analysent pas en un salaire depuis l'abrogation de l'article 42 de la loi de 1925 qui considérait les sommes versées au gérant associé comme le produit de son travail et non de sa part d'associé.

Au sein des sociétés anonymes, la situation se révèle plus délicate depuis que la Cour de Cassation estime qu'il n'existe aucune incompatibilité entre les fonctions de directeur technique et la qualité d'administrateur ou même de président-directeur-général (20). La doctrine objecte, à juste titre, que ce cumul de fonctions est contraire aux dispo-

(18) Cass. Soc. 13 oct. 1955 — *J.C.P.* 1956, II, 9370.

(19) Requête 23 févr. 1944 — *Sirey* 1946.I.9. Note Lagarde.

(20) Com. 25-2-1957. *Dalloz* 1958-1. Note Ripert.

sitions de la loi du 4 mars 1943, interdisant à tout administrateur d'exercer des fonctions de direction hormis celle de directeur général, dévolue de droit au président. Cette jurisprudence présente, en tout cas, le grave inconvénient de conférer la double qualité d'employeur et de salarié à la même personne. Elle n'est concevable que si l'on admet la co-existence de deux contrats distincts et indépendants, mandat et contrat de travail, obéissant à des règles différentes. Quoi qu'il en soit, cette controverse confirme que les administrateurs, comme le président directeur général, en tant que tels, ne sont pas en état de subordination à l'égard de la personne morale. Ce dernier notamment, ne peut avoir une situation légale éminente et une situation contractuelle subordonnée.

2) *L'équivoque des techniques juridiques dans la législation sociale moderne.* C'est pourtant la solution diamétralement opposée que consacre le droit de la Sécurité sociale. Cette évolution législative fut très longue à se dessiner en raison des multiples discussions doctrinales et jurisprudentielles auxquelles devait donner lieu la fixation du statut « social » des dirigeants de sociétés anonymes et des gérants de S.A.R.L.

La loi n'a cependant pas mis fin à l'imbroglie juridique dans lequel on se débattait depuis l'avènement de la Sécurité sociale. On a dit, en la matière, que le législateur a fait œuvre de circonstance en « coulant dans le bronze législatif les incertitudes de la jurisprudence » (21). La remarque n'est pas entièrement inexacte si l'on exprime par là l'idée que les textes législatifs en s'efforçant de mettre fin aux anciennes hésitations des tribunaux en ont suscité d'autres (22). En revanche, l'observation n'a plus de sens si l'on retient que la loi, en vérité, tranche dans le vif et règle la situation juridique des dirigeants de sociétés à l'égard de la Sécurité sociale en faisant appel à des solutions simples, radicales et partant séduisantes.

On est forcé dès lors d'envisager le problème sous un autre angle. Les règles ainsi posées sont-elles bonnes sur le plan théorique ? Peut-on dire, comme on le soutient, qu'il est hasardeux de transposer telles quelles, dans le Droit de la Sécurité sociale, les règles juridiques du Droit commercial, élaborées pour organiser les rapports des associés entre eux et avec les tiers, sur le plan du « capital » (23) ?

Pourquoi ne pas remarquer, au contraire, que les techniques juridiques de la législation sociale sont pleines d'équivoques, précisément parce qu'elles aboutissent, en faisant abstraction des données du Droit commercial, à *présumer l'existence d'un état de subordination entre la personne des dirigeants et la personne morale* que constitue la société, imaginée souvent dans ce seul but ? Or, cette présomption de salariat, loin de reposer sur des éléments concrets, est fonction de données non dépourvues d'une part d'arbitraire.

Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser les éléments que la loi consi-

(21) Intervention de M. Marclhacy — Cons. Rép. Séance du 1^{er} juil. 1954 — J.O. Débats C.R. 2 juil. 1954 — p. 1203.

(22) P. Durand, *op. cit.* Dt Soc. Mars 56, pp. 145 et suiv.

(23) Friedel, *op. cit.* Dt Social. 1956, pp. 168 et 307.

dère comme déterminants d'un lien de préposition, susceptible d'assimiler les dirigeants sociaux à des salariés. La solution retenue diffère selon le type de sociétés commerciales. Tantôt les textes prennent en considération exclusivement le principe de libre révocabilité du mandat, pour affilier sans aucune restriction à la Sécurité sociale les présidents directeurs généraux de sociétés anonymes ; tantôt, on retient comme critère d'affiliation à la Sécurité sociale, la portion de capital social détenue par les gérants dans les S.A.R.L.

a) *Les dirigeants de sociétés anonymes.* La loi du 28 mai 1955 supprime toute incertitude en ce qui concerne « les présidents directeurs et directeurs généraux de sociétés anonymes » assimilés de plein droit à des salariés, sans autre considération que celle de leurs fonctions. Le texte semble confirmer la jurisprudence de la Cour de Cassation antérieure à l'arrêt du 29 juin 1955, et notamment l'arrêt Lautier du 19 juillet 1951 qui, seul, permet d'expliquer la solution adoptée par le législateur. Rappelons que la Chambre Civile souligne que le président directeur général d'une société anonyme doit être considéré comme « employé par ladite société », étant « sous la dépendance du conseil d'administration » lequel dispose à son égard de l'arme de la révocation (24).

Une conception aussi extensive de la notion de salariat soulève, sur le plan de la théorie juridique, de multiples objections. La thèse aboutit à faire du droit de révocabilité le fondement de l'existence du lien de préposition : elle est ténue car la révocation *ad nutum est* de l'essence du mandat. Si l'on pousse l'idée à son extrême, on devrait assujettir tous les « mandataires » à la Sécurité sociale, parce qu'ils sont tous révocables par le mandat. Il ne peut en être ainsi, l'exercice d'une autorité d'employeur à employé étant l'élément déterminant du lien de subordination.

Les Chambres réunies se devaient de le rappeler : l'arrêt rendu le 29 juin 1955, à la suite de la résistance des Commissions Régionales de renvoi (25), refuse d'admettre, sauf preuve précise d'un lien de dépendance, la qualité de salarié des présidents directeurs généraux. Ainsi la Cour de Cassation, un mois après la promulgation de la loi du 28 mai 1955, contredisait le législateur et revenait sur sa jurisprudence. Il est vrai que, dans l'espèce soumise à la Haute Instance, il s'agissait d'une société à caractère familial où le président, détenteur de la majorité du capital social, était le maître de l'affaire. Il n'en demeure pas moins que la Cour de Cassation octroie au juge un pouvoir aussi large que par le passé puisqu'elle l'autorise à rechercher l'existence d'un lien de dépendance avec la société.

La loi cependant, dans ses termes très généraux, n'impose plus une telle distinction. La solution qu'elle adopte demeure pleine d'équivoque ; elle heurte de front les principes traditionnels dans la mesure où il est difficile de découvrir dans les liens unissant le président directeur général

(24) Ch. Civ. 19 juill. 1951, *D.* 1952. I. Note Ripert.

(25) Cn Rég. d'Appel de Montpellier du 9 mai 1952 — (*Bul. Jur.* 38.1952. *G.P.* 1952 I 401). Ch. Rég. d'appel de Dijon du 27 avril 1953 (*Bull. Jur.* 32.1953) — Ch. Réunies 29 juin 1955, *J.C.P.* 1955 II 8821, Note P.A.

à la société, une situation de subordination puisqu'il est le chef de la société, nanti des pleins pouvoirs et supportant les responsabilités d'un simple commerçant. L'assujettissement à la Sécurité sociale devient indépendant d'un travail subordonné.

β) *Les dirigeants de sociétés à responsabilité limitée.*

Cette solution paraît d'autant plus surprenante que la loi adopte une conception plus rigide pour les gérants de S.A.R.L. Faut-il s'en étonner ? Ceux-ci sont, en fait, des mandataires irrévocables ; il est donc hasardeux de présumer l'existence de rapports de travailleur à employeur, fondés sur l'idée de révocabilité du mandat, puisqu'elle n'a aucune base légale.

L'évolution des textes législatifs témoigne de l'embarras du législateur.

Jusqu'à la loi du 28 mai 1955, en l'absence de textes, l'Administration, s'inspirant des règles du droit fiscal, pose un critère numérique d'affiliation : *l'importance des parts sociales détenues par le gérant*. S'il est minoritaire, il est considéré comme salarié ; s'il détient la majorité du capital social, la qualité d'employeur est prédominante. Le décret du 21 avril 1948, en matière d'allocations familiales, consacre cette conception en « considérant comme employeur ou travailleur indépendant tout gérant associé majoritaire ou appartenant à un collège majoritaire de gérance d'une S.A.R.L. ».

Cette règle, malgré son caractère pratique, soulève de vives critiques dont l'écho se fait sentir au sein des Commissions contentieuses, appelées à se prononcer sur les questions d'assujettissement. Pourquoi un gérant possédant 51 % du capital social a-t-il la qualité de mandataire et comment justifier que son statut social devienne celui d'un salarié s'il réduit ses parts à 49 % ? Un critère numérique a une valeur juridique dans la mesure où il institue des présomptions non discutables.

La société à responsabilité limitée n'est pas organisée sur une base démocratique. Certes, la majorité du capital social confère la plénitude des pouvoirs au sein de l'assemblée ; mais, dans les petites sociétés, la réunion de celle-ci n'est pas obligatoire. Sur le plan de la gestion, tout gérant est maître absolu, quel que soit le nombre de parts qu'il possède. Ensuite, la distinction entre gérants majoritaires ou minoritaires laisse dans l'incertitude la situation juridique de l'associé non gérant majoritaire qui peut exercer le commerce sous le couvert d'un prête-nom alors qu'il est le gérant de fait. Que décider également lorsque le gérant minoritaire est associé avec des membres de sa famille ? Aussi, la jurisprudence ne retint pas la thèse administrative et rechercha, compte tenu de la situation de fait, si l'étendue des pouvoirs du gérant est compatible avec l'existence entre la société et l'intéressé, d'un lien d'autorité d'employeur à employé.

Face à ces controverses, la loi du 28 mai 1955, pour sortir de l'impasse, adopte un compromis donnant satisfaction tant à l'Administration qu'à la Cour de Cassation ; elle retient l'étendue des pouvoirs du gérant.

Elle ne fit qu'accroître les difficultés en cristallisant les incertitudes déjà existantes. Pour apprécier la quotité du capital social, la loi assimile les parts sociales possédées par les ascendants, le conjoint ou les enfants

mineurs du gérant, à celles possédées personnellement par celui-ci. L'objet de la règle est d'écarter de l'assujettissement les gérants de sociétés à caractère familial. Quant à l'étendue des pouvoirs, elle est appréciée dans le temps et dans l'espace : la durée limitée du mandat et la nécessité d'une autorisation de l'Assemblée générale pour conclure certains actes d'administration sont retenues comme élément de dépendance. La loi se réfère, pour déterminer l'existence de ces conditions, aux statuts, et se prononce ainsi pour le formalisme juridique. Déjà, sur ce plan, on constate que l'affiliation n'est plus extérieure à la volonté du gérant : elle cesse d'être obligatoire, pour devenir facultative. Pourquoi ? Tout simplement par ce que les membres de la société, et notamment le gérant, peuvent, par une modification du pacte social, insérer des clauses limitatives des pouvoirs et fonctions du gérant : les conditions légales d'affiliation sont créées de toutes pièces dès lors que les intéressés estiment cette option plus conforme à leurs intérêts privés. La Sécurité sociale cesse d'être un tiers à l'égard de la société, puisque les limitations contractuelles des pouvoirs du gérant sortent à effet à son égard, contrairement aux dispositions de l'article 24 de la loi du 7 mars 1925.

D'ailleurs, la pratique notariale stipule souvent, dans les statuts, des clauses de style interdisant aux gérants, sauf autorisation des associés, tout acte de disposition ayant pour conséquence de modifier la consistance du patrimoine social. La Cour de Cassation, le 19 juillet 1956, considère ces clauses comme insuffisantes pour entraîner l'affiliation au sens de la loi ; les limitations ne peuvent être prises en considération que si elles portent sur « les actes d'administration », c'est-à-dire au sens commercial du terme, sur les pouvoirs de gestion du gérant. La loi n'aurait aucun effet si l'on donnait valeur juridique à une clause de style dont l'objet est simplement de garantir les associés contre une destruction de la société par le gérant : si elle n'existait pas expressément dans le pacte social, elle comporterait néanmoins des effets puisqu'elle serait sous-entendue et survivrait à sa disparition de l'acte en tant que règle du droit coutumier et non plus écrite (26).

En revanche, les clauses limitatives des pouvoirs de gestion inspirent des doutes sérieux ; même insérées dans l'acte, (à l'inverse des véritables clauses de style qui, même non exprimées, peuvent produire effet) elles appartiennent à une autre catégorie de clauses « qui, bien que prévues par les parties, ne résultent pas nécessairement de la volonté commune et apparaissent comme des formules dictées pour autoriser la « fraude à la loi ». En effet, peut-on dire que de telles clauses ont été ou non réellement voulues par les parties avec le désir certain de celles-ci de s'y conformer (27) ?

Faire dépendre l'affiliation d'un gérant d'une clause limitative, insérée dans le contrat social par souci d'opportunité, c'est risquer, par formalisme

(26) Sur le problème de la clause de style, voir note P. Voirin sous arrêt Bordeaux 10 déc. 1928 — *D.* 1929, p. 81 ; égal. *Rev. Trim. du Dt Civil* 1935, p. 305.

(27) Application de la règle de l'art. 1156 du Code civil qui décide que la volonté réelle des parties doit prévaloir sur son expression littérale.

juridique, de faire prévaloir l'expression littérale d'un acte sur la volonté réelle ou réfléchie des parties (article 1156 du Code Civil), c'est donner arbitrairement vie juridique à des formules qui, appliquées à la lettre, entraveraient le fonctionnement normal de la société.

Aussi, l'ordonnance du 7 janvier 1959, prenant en considération la complexité et surtout le caractère trop subjectif des critères ainsi élaborés, s'efforce de les simplifier, en vue d'éviter que les intéressés ne puissent adopter tel ou tel statut sous la seule pression de leurs intérêts personnels. « D'autant que le régime social plus favorable dont jouissait la société anonyme contribuait au recul de la société à responsabilité limitée, d'où des transformations dans les formes juridiques de l'activité professionnelle ne correspondant pas toujours à des transformations réelles de structures sociologiques » (28). Le législateur est revenu à l'état du droit antérieur à la loi du 28 mai 1955 : l'ordonnance du 7 janvier 1959 ne pose plus qu'une condition, le critère numérique des parts détenues par le gérant ou le collègue de gérance.

Nous voici ramenés au point de départ ; ces pérégrinations du législateur, marquées par le mouvement du balancier, progrès et recul, font douter que la véritable solution ait été trouvée. Certes, on soutient que la situation des gérants est clarifiée et que l'ordonnance du 7 janvier 1959 permet de sortir du chaos juridique. Il est vrai qu'il est aisé, en fonction d'un critère numérique, de poser la démarcation du salariat et du non salariat chez les dirigeants de S.A.R.L.

La frontière est nette et sans discussion. Toutefois, cette opinion optimiste ne peut être accueillie sans réserve, pour deux raisons :

1°) d'abord, ainsi qu'il l'a été souligné, ce critère d'affiliation n'est pas toujours déterminant d'un lien de préposition. Le fait pour un gérant de détenir la majorité du capital social consacre sa prééminence au sein de la société à tous points de vue. Alors aucun problème ne se pose : il ne peut être sous la dépendance de la société ; « il est » la société. En revanche, s'il est minoritaire, les difficultés apparaissent. La loi lui confère de plein droit la qualité de salarié en vertu d'une présomption irréfragable, sans que le juge ait à rechercher l'étendue réelle de ses pouvoirs. Or, le droit commercial consacre l'omnipotence du gérant, quel que soit le nombre de parts qu'il possède. Pas plus que le gérant majoritaire, il n'est sous la dépendance de la personne morale.

On peut toutefois réserver l'hypothèse où le gérant n'est qu'un prête-nom dissimulant l'activité réelle du maître de l'affaire, associé majoritaire. Le gérant statutaire, compte tenu d'un rôle qui lui est dévolu, est alors dans un état de subordination, non pas vis-à-vis de la société, mais dans ses rapports avec le « gérant de fait ». Cette situation est déjà en contradiction avec l'affectio societatis qui postule l'égalité des associés, l'un d'eux ne pouvant être le subordonné de l'autre. Il cautionne, en outre, les opérations commerciales du maître de l'affaire, alors qu'il est peut-être insolvable, ce qui est de nature à nuire à la sécurité des affaires. Il jouira

(28) P. Durand, *op. cit.*

pourtant du statut de salarié, ce qui lui permet « d'alléguer sa propre turpitude ».

2°) ensuite, le nouveau texte ne règle pas la situation de l'associé majoritaire non gérant, mais l'Administration reconnaît la qualité de salarié, en tout état de cause, à tous les associés non gérants (29). Il est donc possible à tous les membres d'une S.A.R.L. de bénéficier de la condition juridique de salariés, dès lors que le gérant désigné ne possède pas la majorité des parts sociales.

Il suffit donc d'un simple aménagement des statuts, s'apparentant à une clause de style pour échapper ou s'astreindre à l'assujettissement. Les associés ont le libre choix de leur affiliation ou de leur non affiliation ; et il est à prévoir que l'option sera fonction des intérêts privés et non de l'intérêt général. La Sécurité sociale n'assume plus dans ce cas, que les mauvais risques, contrairement au vœu du législateur.

Enfin, que décider si le gérant ne perçoit aucune rémunération ? Le problème prend une acuité nouvelle lorsqu'on observe que l'article L 242, aussi bien pour les gérants de S.A.R.L. que pour les présidents directeurs généraux de sociétés anonymes, n'impose pas l'exigence d'une activité rémunérée. La notion de salariat, en l'absence de toute rémunération, devient fictive ; par voie de conséquence, le fondement de la relation de travail est bouleversé puisque celle-ci est créée de toutes pièces « *rex nihilo* ».

B. — L' « ÉCLOSION » DE LA NOTION « DE SALARIAT FICTIF » ET LE RENVERSEMENT DES DONNÉES TRADITIONNELLES.

C'est là qu'apparaît le caractère illusoire des constructions juridiques élaborées en dehors des règles fondamentales du Droit du Travail et du Droit Civil. Peut-on reconnaître la qualité de salarié en l'absence de toute rémunération ? Dans la rigueur des principes, cette idée est en contradiction avec les idées admises jusqu'à présent. La relation de travail suppose, nonobstant le facteur de subordination juridique, l'existence d'obligations réciproques des parties : l'exécution d'une prestation de travail et le paiement d'une rémunération. A défaut de l'un de ces éléments, le lien contractuel est inexistant, l'obligation de l'un des co-contractants n'ayant pas sa cause dans l'obligation de l'autre. Pourtant, l'exégèse des textes relatifs à l'assujettissement des dirigeants de société conduit à la solution contraire. La Cour de Cassation consacre expressément la présomption de salariat, même à défaut de rémunération. Son attitude est en opposition avec la thèse adoptée par l'Administration qui reste sur ce point, attachée aux principes classiques. L'intérêt du problème est primor-

(29) Let. Minis. du 28 fév. 1950 — Textes réglementaires UNCAF 1950, p. 28 — Voir égl't réponses à des questions écrites, publiées au *J.O.* des 1^{er} et 3 mars — 25 juil. 1950, 11 avril 1957, 5 janv. 1952 — 3 fév. 1956 et 8 fév. 1957 — Quest. 1950, pp. 22, 24 et 74, 1951, p. 38 — 1952, p. 1 — 1955, p. 5 — 1957, p. 9 — Arrêts Cour de Cass. 6 et 20 mars 1953, 30 mars 1960 — Jur. 1953, pp. : S 1 S IX, 1960, p. S. 1.

dial sur le plan de la théorie juridique ; il met en évidence, d'une part :
— que la présomption de salariat ne peut être admise sans réserve, et d'autre part,

— que la situation des dirigeants de sociétés en l'état de notre droit positif, est dominée par l'incertitude des solutions.

1° *La présomption de salariat et ses limites.* Il semble, en effet, que les textes réglementaires admettent l'idée de présomption de salariat, puisque différents arrêtés ministériels instituent une assiette fictive pour les dirigeants de sociétés. Ceux-ci ont-ils la qualité de salariés dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par le texte actuel de l'article 242, 8° et 9°, qu'ils soient rémunérés ou non ?

L'Administration, appuyée par les juridictions inférieures, rejette cette solution. La Cour de Cassation, appelée à donner son point de vue, adopte la thèse inverse.

a) *La création d'un salaire fictif ou supposé.* Les arrêtés des 12 et 28 mars 1956 disposent que les cotisations de Sécurité sociale, dues pour les présidents-directeurs-généraux de société anonyme, et les gérants de S.A.R.L., répondant aux conditions de l'article L. 242 du Code de la Sécurité sociale sont calculées sur une rémunération forfaitaire, égale, pour les premiers, au montant du plafond des cotisations, pour les seconds, au moins égale aux trois quarts de ce même plafond. Quels sont le sens et la portée exacte de ces mesures ? Une première explication consiste à considérer que l'objet de ces textes est de rendre inopérant « la fraude à la loi » qui permettrait aux dirigeants de sociétés d'acquérir la qualité de salariés moyennant une rémunération modique, suffisante pour bénéficier de la protection sociale. On substitue ainsi à une rémunération *réelle* mais incontrôlable une rémunération forfaitaire.

Envisagées sous cet angle, ces dispositions assurent l'auto-défense de l'institution sociale. Cette opinion est implicitement confirmée par l'interprétation retenue par le Ministre du Travail dans une circulaire 57 SS, du 16 mai 1956. « L'existence d'une rémunération, qu'elle soit constituée « par une somme d'argent, des avantages en nature ou une formation « professionnelle est, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du « 19 octobre 1945, une des conditions préalables d'assujettissement à « l'assurance obligatoire... C'est pourquoi ... les présidents directeurs généraux de sociétés anonymes, les gérants de S.A.R.L. qui ne reçoivent aucune rémunération en argent ou en nature, ne doivent pas donner lieu au versement des cotisations de Sécurité sociale ».

Ces arrêtés n'auraient donc pas pour objet d'instituer une assiette *fictive* pour les personnes non rémunérées.

Cette dernière théorie peut cependant être valablement soutenue. En sa faveur, on relève des arguments de texte :

— Ni la loi du 28 mai 1955, fixant le statut des dirigeants de sociétés anonymes, ni l'ordonnance du 7 janvier 1959 relative aux gérants de S.A.R.L. ne précisent l'exigence d'une rémunération comme condition d'affiliation.

— Les arrêtés ministériels fixant les salaires forfaitaires pour le calcul

des cotisations de ces mêmes personnes ne font nullement état de la nécessité d'une rémunération réelle.

Une exégèse étroite de ces deux séries de dispositions permettrait de conclure que, le législateur instituant une présomption de salariat en faveur des mandataires sociaux, visés par l'article L. 242 du Code de la Sécurité sociale, le pouvoir réglementaire vient compléter les règles législatives par la fixation d'un salaire *fictif* permettant d'assujettir les dites personnes, même en l'absence de toute rémunération réelle.

Il faut reconnaître que seule cette dernière interprétation a le mérite de clarifier la situation des dirigeants de sociétés : ceux-ci conservent sur le fondement exclusif de l'article L. 242, la possibilité d'échapper à l'application de la loi en exerçant leur fonction sans être rémunérés ou tout au moins, sans faire figurer leurs appointements en comptabilité au poste « frais généraux ». Les arrêtés ministériels leur enlèvent tout espoir puisque, même en l'absence d'un salaire d'ordre, ils sont censés percevoir une rémunération fictive. Du même coup, tout ce qu'il y a d'artificiel dans le statut social des dirigeants de société est mis en pleine lumière. De deux choses l'une : ou bien on leur confère de plein droit la qualité de salarié avec toutes les conséquences juridiques qu'une telle condition comporte, notamment l'obligation de cotiser, et dans ce cas il faut fixer une assiette à cette obligation ; ou bien on leur accorde simplement la faculté de s'affilier et il devient inutile de fixer une telle assiette.

C'est à cette dernière solution que l'on est revenu en abrogeant les arrêtés ministériels de 1956, et le pouvoir réglementaire semble avoir été contraint à ce revirement de position par l'attitude de la Cour de Cassation.

b) *Le problème devant la Cour de Cassation.* Tout a été remis en question par une décision récente de la Cour Suprême. Dans un arrêt du 17 juin 1962, la 2^e Chambre Civile se prononce sans équivoque en faveur de l'assujettissement des gérants de S.A.R.L. même s'ils ne sont pas rémunérés : « Attendu que l'article 242/8^e du Code de la Sécurité sociale, qui se suffit à lui-même, n'énonce pas une telle condition laquelle ne ressort pas davantage de l'arrêt du 28 mars 1956, modifié par celui du 10 avril 1956, fixant le mode de calcul des cotisations... » (30).

La position de la Cour contredit à la fois les directives de la circulaire 57 SS du 16 mai 1956, rejetant l'assujettissement des dirigeants non rémunérés, et l'attitude des juridictions inférieures qui, sur ce problème, épousent la thèse administrative. La solution retenue par la Cour Suprême se justifie-t-elle ? Sur le plan purement exégétique, son raisonnement est logique. Les catégories visées à l'article L. 242 sont assimilées à des salariés, sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'existence d'un lien de subordination, « le texte se suffisant à lui-même » ; encore

(30) Cass. Civ. 16 juin 1962 — D. 1963, p. 43.

faut-il pour qu'il ait un intérêt pratique d'application, notamment dans l'hypothèse des dirigeants de sociétés, visés par les paragraphes 8 et 9, que ceux-ci perçoivent une rémunération. Or, celle-ci est évaluée, en tout état de cause, par des arrêtés ministériels sur une base forfaitaire. En revanche, sur le plan de la théorie juridique, cette décision soulève diverses objections.

Elle néglige l'analyse contractuelle des rapports du travail. L'assujettissement à la Sécurité sociale suppose nécessairement l'existence d'un lien contractuel quelle qu'en soit la nature, et personnellement consenti par chacune des parties. Ce lien contractuel est générateur d'une obligation fondamentale, le paiement d'une rémunération, sans que celle-ci soit de même nature que le salaire dû en vertu d'un contrat de travail. Le défaut de rémunération rend le contrat sans cause, partant inexistant. La Cour de Cassation casse l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 4 juillet 1960, qui relevait expressément que les gérants ne peuvent être assujettis que « si à la fois, ils remplissent les conditions de la loi du 28 mai 1955 et reçoivent, soit en argent, soit en nature, une *rémunération* en contrepartie de leur travail, la condition d'*activité rémunérée* étant nécessaire pour justifier l'affiliation » (31).

Pour expliquer sa décision, la Cour de Paris estimait que l'article L. 242 du Code de la Sécurité sociale portait référence aux dispositions générales de l'article 241, alors que la Cour de Cassation estime « qu'il se suffit à lui-même ». Dans un arrêt du 27 octobre 1960, cette juridiction fait appel au même argument de texte (32) ; mais, plus récemment, le 23 février 1963 tout en maintenant fermement sa jurisprudence, elle abandonne ce raisonnement pour faire échec à la position de la Cour Suprême et souligne : « la protection sociale est destinée sauf dérogation expresse, aux salariés ... la condition d'activité rémunérée, fondement de l'assujettissement au régime général, a toujours été l'élément primordial nécessaire de leur affiliation ». Compte tenu de cette résistance des juridictions inférieures, on peut prévoir que la Cour d'Appel d'Orléans, saisie comme Cour de renvoi dans l'affaire Iticsohn, confirmera la décision de la Cour de Paris. La Cour de Cassation revisera-t-elle alors sa position ?

Quoiqu'il en soit, les pressions exercées pour amorcer un tel revirement sont extrêmement fortes. Deux mesures récentes en sont la confirmation. Le Ministre du Travail a d'abord ordonné aux Directeurs Régionaux d'annuler les décisions des Caisses prononçant l'affiliation des dirigeants de sociétés qui ne perçoivent pas de rémunération ; ensuite, l'arrêté du 8 mars 1963 abroge purement et simplement, à compter du 1^{er} avril 1963, les règles relatives au « salaire forfaitaire ». L'un des arguments de fond de la Cour de Cassation disparaît.

Toutefois, ces mesures témoignent que l'arrêt du 16 juin 1962 n'a pas été sans susciter de profondes résonances. C'est peut-être au fond le résultat recherché implicitement, sinon ouvertement, par la Cour

(31) C.P. Centrale de Paris — C/Dame Iticsohn.

(32) C. d'Appel de Paris — 27 oct. 1960 — *Bull. Jur.* 39-1961.

Suprême, puisqu'elle marque un point dans le conflit qui l'oppose au législateur.

N'est-ce pas dans cette direction qu'il convient de rechercher l'explication de son attitude récente, qui ne peut manquer de surprendre ? Comment ne pas observer que cette décision contraste singulièrement avec une jurisprudence constante marquant la fidélité de la Cour Suprême aux principes classiques.

D'une manière générale, la Cour de Cassation, avant la loi du 28 mai 1955, admettait l'assujettissement des dirigeants de sociétés si ceux-ci exerçaient leurs fonctions dans un état de dépendance, faisant d'eux des employés de la Société (33).

Les dispositions de l'article 242, 8^e et 9^e, ont mis fin à cette jurisprudence.

La Cour de Cassation ne s'est pourtant pas inclinée : elle le manifeste en donnant aux textes législatifs une portée très large. Elle tire toutes les conséquences juridiques de la présomption de salariat qu'ils édictent et va jusqu'à admettre cette présomption *en l'absence de toute rémunération réelle*. En adoptant une attitude extrême veut-elle prouver, par effet de paradoxe, à ceux qui critiquent l'arrêt du 16 juin 1962, que sa jurisprudence antérieure à la loi du 28 mai 1955 était fondée ? Elle ouvre ainsi la voie à une révision de la loi. Pourquoi ne pas voir dans l'abrogation des arrêtés ministériels de 1956 le premier acte de ce revirement législatif ?

II^o *L'incertitude du droit positif*. En l'état actuel des textes et de la jurisprudence, on conçoit que le statut social des dirigeants de sociétés est loin d'avoir acquis une structure définitive. Le trait dominant en est l'instabilité permanente. Le praticien comme le juriste éprouvent d'extrêmes difficultés à mettre en application les règles qui gouvernent la matière. Tout se ramène présentement à des cas d'espèces dont la solution varie selon le type de société commerciale et selon la fonction occupée par l'individu au sein de la société.

La mobilité des textes législatifs ou réglementaires contribue à accentuer cette incertitude « juridique » d'autant plus qu'elle se caractérise, non par un aménagement progressif de la règle juridique en vue d'une meilleure adaptation au réel, mais par une évolution « statique » qui nous ramène sans cesse au point de départ.

Ces phénomènes dénotent que la présomption de salariat, instituée en faveur de certaines personnes par la législation sociale, n'est valable que si elle correspond à des transformations réelles de structures sociologiques. La relativité des statuts juridiques trouve sa cause dans cette inadaptation du milieu social à la règle juridique nouvelle, créée parfois de toute pièce dans le seul but d'étendre le champ de la protection sociale. La coexistence d'un salariat fictif et d'un salariat réel démontre les contradictions du droit moderne.

Le salaire social demeure, dans la structure présente de nos institutions, réservé à ceux qui accomplissent une activité rémunérée et subor-

(33) Arrêt 21 juin 1946.

donnée, c'est-à-dire à ceux qui, placés dans une condition juridique inférieure ne peuvent pécuniairement se prémunir contre les risques sociaux. Cependant les éléments non salariés de la population aspirent à être des sujets de droit de ce salaire social. Chacun revendique le titre de salarié ? Mais le cadre sociétaire, comme le cadre familial, se révèlent inadaptés pour conférer la qualité de salarié à certains de leurs membres ; il est difficile de découvrir l'existence d'intérêts divergents ou rivaux, siège d'un conflit entre le capital et le travail.

Surtout on constate que l'affiliation à la Sécurité sociale cesse d'être obligatoire pour devenir facultative, dans la mesure où l'adoption ou le rejet du statut « de salarié » relève de la seule volonté des sujets de droit. Présentement, il suffit à un conjoint travaillant dans l'entreprise familiale, à un gérant de S.A.R.L. ou à un président directeur général de Société de qualifier les revenus que lui procure son activité familiale ou sociétaire, de « rémunération » et de la faire figurer à ce titre dans la comptabilité de l'entreprise, pour acquérir la qualité de salarié. S'il désire au contraire échapper à l'assujettissement, il adoptera la solution inverse.

*
**

Voici le moment venu de faire le point. En tant que notion juridique nouvelle en voie d'élaboration progressive, le salaire social n'est pas sans modifier profondément les bases traditionnelles de notre droit. Avant de parvenir à une existence juridique autonome, toute institution naissante se fraye une voie difficile et parsemée d'obstacles au milieu d'autres concepts voisins et préexistants.

Au cours de ce long acheminement, les « constantes », qui donneront aux concepts nouveaux une figure définitive, ne se dégagent que très lentement.

La notion de salaire social n'échappe pas à ce processus d'évolution. Nous avons mis en évidence, dans notre première partie, les intérêts qui s'attachent à la prise de conscience de la valeur juridique du concept de salaire social. Aux rapports juridiques individuels salaire-travail se substituent des rapports de droits à contenu collectif, salaire-social, travail-social ; à l'idée de droit subjectif fait place la notion de droit objectif.

Dans la structure présente de nos institutions juridiques, il y a coexistence de deux séries de rapports. Cette coexistence est source d'un conflit entre deux conceptions philosophiques, juridico-économiques diamétralement opposées : le droit classique d'essence individualiste et le droit moderne à finalité sociale.

Entre ces deux pôles, l'un solidement et fermement établi depuis des siècles, l'autre qui garde encore la fragilité de l'adolescence, des interférences se produisent. Le droit social ne naît pas d'un seul coup ; il est le produit nécessaire des imperfections et insuffisances du droit classique.

Cette intime parenté qui les unit, explique que la prestation de travail subordonné demeure encore le fait générateur du salaire aussi bien individuel que social. Les règles juridiques qui gouvernent l'attri-

bution du salaire social sont empruntées à la conception classique du salaire individuel.

Le bouleversement des classifications traditionnelles en est la résultante : sous la pression des forces sociales, qui prennent conscience des larges perspectives humaines que le nouveau concept renferme, l'ensemble des catégories sociales aspire à cette socialisation de la rémunération, parce qu'elle confirme implicitement cette idée moderne et profondément morale que le travail, émanation de la personne humaine, ne peut être l'objet d'un contrat de droit privé.

Pour atteindre cet objectif, on tente d'élargir la notion de salariat et de lui donner un contenu plus vaste et même fictif. Mais cette extension ne s'accompagne pas toujours de transformations parallèles des structures sociologiques. Ce hiatus entre le droit et le milieu social démontre, *a contrario*, que les règles de droit n'existent qu'en fonction de l'infrastructure économique de la Société. Dans sa volonté de « dépasser » le cadre des institutions existantes, le législateur use de moyens détournés qui, au lieu de la faciliter, retardent l'éclosion des concepts nouveaux en voie de gestation.

Le concept de salaire social est-il dès lors susceptible d'une accession à la vie juridique ? Cela ne fait aucun doute en raison des voies nouvelles qu'il ouvre à la destinée humaine.

CONCLUSION

Ainsi le voyage d'exploration que nous a permis cette étude témoigne combien le travail du juriste est sans cesse à reprendre pour tenir compte des réalités sous-jacentes au droit qui se modifient. « Il doit le remanier encore, partout où les besoins des générations anciennes, et l'idéal qu'ils suggéraient à celles-ci, ne correspondent plus aux besoins des générations nouvelles et à l'idéal que ces besoins leur proposent » (1).

Les données juridiques dégagées nous ont conduit à une notion nouvelle, poussée peu à peu jusqu'à l'existence juridique : le salaire social, qui se juxtapose à la notion classique de salaire individuel dont elle est issue. A l'idée abstraite et subjective de rémunération du travail se substitue la conception objective et concrète de rémunération du travailleur. Le salaire prix du travail disparaît au profit du salaire, représentation en signes monétaires et fongibles du droit à la vie. Le bouleversement est total. La théorie juridique du salaire se pose en termes nouveaux, dans son fondement moderne, au travers des réalités humaines et sociales. Ces transformations attestent que le droit d'une société vivante est, par nécessité, un droit vivant. Soumis à la loi d'évolution, « il est naturel, dit le Professeur David, qu'à certains moments il s'écarte des conceptions jusque-là admises pour se rallier, avec ou sans révolution, à des conceptions fondamentales nouvelles... Les systèmes que fait le temps se défont et se refont avec le temps, des groupements nouveaux s'établissent à la place des anciens qui ont vécu... » (2).

La notion de rémunération acquiert un contenu social parce qu'elle est la mesure du droit à la vie, contrepartie elle-même du devoir de travailler pour la société.

Conçu dans sa stricte individualité et pour lui-même, l'homme devait être libéré de toute contrainte afin de pouvoir mieux s'épanouir. La société se ramenait à l'individu dont la conduite était axée sur son seul intérêt.

Le droit se chargeait lui-même d'assurer le respect de la règle morale. Mais cette morale imprégnée d'individualisme libéral se traduit par l'oppression de l'individu et non par sa libération effective. Les faits démontrent que la règle morale ne découle pas nécessairement de la liberté contractuelle.

(1) R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en Droit Civil*, Mélanges Ripert, p. 91.

(2) René David. *Cours de Droit Civil comparé*, p. 49.

Aussi, le droit exprime cette ambition de reconquérir une moralité nouvelle qui est analogue à l'ancienne, mais dont les fondements sont différents : à l'idée de justice commutative se substitue l'idée de justice distributive, de justice sociale imposant le sacrifice des droits individuels dans l'intérêt des droits sociaux. Mais l'avènement d'une liberté et d'une égalité « réelle » ne va pas sans l'instauration de contraintes qui heurte la conscience humaine parce qu'elle juxtapose la notion de droit et d'obligation à celle de devoir. La dictature de la justice s'identifie avec la liberté, mais si elle est réclamée par les uns, elle est rejetée par les autres, par les uns et par les autres au nom de la dignité personnelle de l'homme (3).

De là toutes les résistances à l'idée de redistribution des revenus parce que, malgré son contenu mythique, elle concrétise l'élargissement croissant des cadres dans lesquels s'affirme la solidarité entre les hommes. Le salaire social en tant qu'institution juridique appelée à une vie autonome voit se dresser devant lui le refus des hommes d'œuvrer pour l'éclatement des vieux cadres juridiques. La solidarité gravite autour d'une multiplicité de forces centrifuges qui, dans leur hétérogénéité, présentent un caractère plus « pathologique » que « biologique ».

Dans l'ordre juridique, l'existence de ces sociétés multiples, mise si opportunément en évidence par le grand sociologue français Georges Gurvitch, trouve son expression dans l'influence qu'exerce encore le droit du travail sur le droit de la Sécurité sociale. Par ces mécanismes, celui-ci s'inspire encore de la notion classique des Assurances sociales ; il conserve certains traits originaux du droit du travail dans la mesure où il n'est pas encore le droit de toute la population, sans distinction d'appartenance sociale. Le droit de la Sécurité sociale n'a pas encore acquis sa pleine autonomie ; il est resté dans l'adolescence parce qu'on n'a pas osé bouleverser l'ancien cadre économique et juridique qui sert d'assise aux inégalités sociales. Il n'en demeure pas moins que la législation mise en place est déjà un progrès puisqu'elle s'efforce d'humaniser une civilisation trop foncièrement matérielle qui considère l'homme comme un simple facteur de production. L'idéologie de la Sécurité sociale s'inscrit ainsi dans le mouvement de pensée qui valorise le travail de l'homme, au point de lui donner la primauté sur toutes les autres valeurs matérielles. Il se répercute comme un écho dans la récente encyclique du Pape Jean XXIII, « *Master et Magister* », lequel annonce un « tournant » de la doctrine sociale de l'Eglise pour s'adapter au monde moderne et promouvoir les rapports nouveaux qui sont en voie d'élaboration.

Le droit peut-il être statique lorsque tout autour de lui exprime un changement ? Le dualisme de la notion de rémunération, expression à un moment donné d'un point d'équilibre entre deux civilisations différentes, ne renferme-t-il pas les linéaments d'un droit nouveau ? D'un droit nouveau qui pour grandir et s'imposer suppose des transformations des structures de fait aussi bien que des structures de droit. Modifications imposées, certes, par les nécessités de la vie mais dont l'intérêt le plus

(3) P. Laroque, *op. cit.* pp. 149 et suiv.

attachant semble devoir résider dans les perspectives d'avenir qu'elles apportent à la science juridique. Une nouvelle voie n'est-elle pas en train de s'ébaucher ? A côté des droits subjectifs reconnus par le Droit objectif aux individus comme des prérogatives juridiques sur les choses ou à l'égard d'autres personnes, n'y a-t-il pas place pour des droits objectifs ?

I. — *Les impératifs d'évolution.*

Sans vouloir anticiper, il ne fait aucun doute que notre droit moderne est en train de façonner une conception totalement nouvelle du salaire. Le phénomène de transformation interne et externe qui affecte le « prix » du travail lui assigne une double nature juridique rémunératoire et indemnitaire. Rémunératoire d'abord, même lorsque le salaire est maintenu au travailleur en l'absence de toute contre-prestation actuelle de travail, car le « salaire social » n'est pas un don gratuit mais a une contrepartie juridique, le travail social. En ce sens, à l'égard de son futur ou actuel bénéficiaire, cette rémunération « sociale » est un droit « virtuel » ou « réel » qui prend sa source dans un contrat qui, pour avoir perdu son caractère individuel au profit d'un contenu social, n'en demeure pas moins un contrat, un contrat de droit public et non plus de droit privé.

Ce phénomène de « publicisation » n'est que la transposition dans l'ordre juridique de l'autre face du salaire, laquelle exprime aussi la mesure du droit à la vie. Là apparaît le fondement « indemnitaire » du salaire, qu'il demeure individuel ou qu'il devienne social. La prise en considération de la personne même du travailleur dont le salaire représente les moyens d'existence, substitue à l'idée de « rémunération du travail », la notion moderne de « rémunération du travailleur ». Salaire social et salaire individuel ont vocation à faire partie du patrimoine du travailleur en raison de leur fondement unitaire : l'activité humaine.

Cependant, pour être définitivement admise par le droit positif, cette conception suppose une double exigence : la création d'un droit social nouveau et la mise en œuvre d'une redistribution équitable des revenus.

1) *Vers la création d'un Droit Social nouveau.*

On se plaint à souligner l'équivoque de l'expression « droit social », soit parce qu'elle implique la négation du droit privé, par essence individualiste, soit parce qu'elle renferme l'idée de droit public à finalité sociale. Aussi, en faisant du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale les deux branches du Droit Social moderne, on a créé un *summa divisio* sans préciser les principes communs auxquels obéit le Droit Social. Il en est bien ainsi car ce droit social est composé de deux législations juxtaposées qui n'ont ni les mêmes objectifs, ni les mêmes règles, et surtout ne s'appliquent pas aux mêmes personnes. Il ne faut pas s'étonner de cet assemblage car le Droit Social présente néanmoins

certaines données qui témoignent de sa profonde unité : c'est un droit d'inégalité ; mais alors que le droit du travail se préoccupe de conflits d'intérêt privé et demeure du droit privé collectif, le droit de la Sécurité sociale se comporte comme un arbitre entre les intérêts généraux et les intérêts particuliers, s'efforce, tout en faisant prévaloir les premiers sur les seconds, de faire en sorte que les uns et les autres se confondent ; dans cette mesure c'est déjà du droit public *collectif*.

Le droit social, dans sa structure présente, révèle donc un contenu dualiste. Sous l'aspect « droit du travail », il fait encore partie du droit privé ; sous l'angle « droit de la Sécurité sociale », il annonce l'évolution vers le droit public ; dans le premier cas, les rapports juridiques s'établissent de particuliers à particuliers, à travers parfois des groupements ; dans le second cas, les rapports juridiques s'établissent entre un service public et les particuliers. Le droit social apparaît ainsi comme un droit de transition, comme un moyen terme entre le droit privé et le droit public. Sa structure est dialectique dans la mesure où il est déjà la négation du droit privé et où il n'est pas encore du droit public. Ceci explique les interférences qui se produisent entre les deux branches du droit social.

Ce double aspect du droit social se reflète dans le dualisme de la notion de rémunération : les dispositions relatives au salaire individuel font partie du droit du travail ; celles qui gouvernent le salaire social relèvent du droit de la Sécurité sociale. La technique contractuelle explique le fondement de l'un, la technique extra-contractuelle explique le fondement de l'autre ; la théorie juridique du salaire déborde le cadre du travail « déshumanisé », « aliéné », pour se préoccuper d'un domaine plus vaste, celui de l'activité humaine. L'analyse du concept de salaire social nous a permis de découvrir le processus d'évolution interne du droit social qui, limité d'abord aux frontières du salariat, tend à régir l'ensemble de la population. De là toutes les contradictions que l'on découvre au sein des règles édictées parce que l'essor du droit nouveau suppose la disparition de la dissociation actuelle entre l'homme et son travail. Celle-ci implique certaines options économiques, sociales et mêmes politiques.

D'ores et déjà, il semble toutefois possible dans l'ordre juridique, si l'on admet l'existence du contenu dualiste du droit social, d'en dégager les bases scientifiques quant à son objet et quant à son domaine d'application. Par son objet qui tend à l'amélioration de la condition humaine, le droit social est profondément unitaire ; mais les moyens qu'il utilise pour atteindre ce but s'expriment dans deux sphères différentes : le droit du travail s'applique aux travailleurs subordonnés, le droit de la Sécurité sociale a vocation à englober dans les sujets de droits et d'obligations tous les citoyens. Cette conception a l'avantage de clarifier les problèmes dans la mesure où elle exprime à la fois la survivance des catégories juridiques classiques, expression elle-même du substratum économique et la disparition de ces mêmes catégories, conséquence des transformations qui affectent les rapports du travail.

Cette seconde alternative reste liée cependant à une exigence sociale : la redistribution des revenus.

2) *L'exigence d'une redistribution équitable des revenus.*

Le concept juridique de salaire social n'est susceptible d'avoir un intérêt réel d'application dépouillée de toute équivoque que si l'on envisage la nécessité d'une répartition des ressources aux éléments de la population qui en sont momentanément ou définitivement dépourvus sur la base d'un principe de solidarité nationale. Ce problème commence à être posé à l'échelon interétatique où on se préoccupe de l'aide aux pays sous-développés. Mais est-il résolu dans le droit interne ?

Dans leurs structures présentes, nos institutions de protection sociale, par leur caractère fragmentaire, procèdent toujours de la notion des assurances sociales qui impliquent une répartition des risques entre les assujettis et entre eux exclusivement. Il en résulte que les inégalités sociales sont atténuées mais non supprimées ; la condition sociale de l'individu reste subordonnée à une puissance objective et aveugle, réglant à l'insu de tous, les hasards advenant à chacun. La possibilité de « jouir des hasards » n'est pas répartie de manière égale. La Sécurité sociale n'a pas ainsi échappé à l'emprise des intérêts de « groupe » parce que l'hétérogénéité sociale est considérée comme synonyme de « liberté ». En vérité, l'absence d'unité et de généralisation de la protection sociale explique la survie des inégalités face aux risques sociaux que la collectivité se devait de prendre en charge dans son ensemble.

Monsieur le Doyen Ripert souligne que « La Sécurité sociale libère l'esprit de la crainte du risque immérité ... », mais il ajoute : « dans un lourd appareil administratif l'abus et la fraude se glissent ; et surtout chaque homme considérant qu'il a un droit à l'assistance, essaie de tirer le plus de profit de l'exercice de ce droit. Par une singulière contradiction, le droit social est utilisé contre la Société au profit du créancier le plus habile et le moins scrupuleux » (4).

Cette appréciation critique est exacte, mais incomplète dans les termes généraux où elle est exprimée. Elle ne dit pas pourquoi et comment naissent les contradictions. Celles-ci ont leur source moins dans l'abus et la fraude que dans les techniques mises en place pour constituer ce « fonds commun » qu'est le salaire social et pour en assurer la redistribution.

L'insuffisance se révèle sur deux plans :

— d'abord l'établissement d'une ligne de démarcation, entre non assujettis et assujettis, rend délicate la définition du critère permettant de classer les individus dans un groupe ou dans l'autre. Certaines personnes peuvent aisément, en fonction de leurs intérêts personnels et immédiats, s'astreindre à l'obligation de cotiser, si celle-ci comporte des droits, sinon supérieurs, du moins équivalents. La Sécurité sociale ne recueille alors que les mauvais risques et la compensation ne joue plus. En revanche, certains « économiquement faibles » ne jouissent d'aucune protection sociale, les conditions dans lesquelles ils exercent leur activité ne leur permettant pas de se prévaloir de la qualité d'assujetti, en raison de l'absence de subordination juridique.

(4) G. Ripert, *Les Forces créatrices du Droit*, p. 299.

— Deuxième inconvénient : l'existence d'un lien entre les prestations et les cotisations confère une sécurité plus complète aux salariés percevant des salaires élevés, lesquels contribuent plus que d'autres au financement de la Sécurité sociale (5). Le statut privilégié consenti aux travailleurs du secteur privé, est à l'origine de nouvelles causes de disparités que rien ne semble justifier puisqu'il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de concrétiser des droits sociaux reconnus à tous par la Constitution.

En fait, l'idée de redistribution suppose une dissociation entre l'obligation et le droit : une telle dissociation n'est pas réalisée, car la notion de « bénéficiaire » se rattache intimement à celle « d'assujetti » et même de cotisant.

La valeur juridique du concept de salaire social ne prend tout son sens que si on le détache de la notion classique du salaire, contrepartie d'un travail actuel. Le salaire social est déjà une rémunération anticipée pour l'enfant et pour l'étudiant : ceux-ci sont des bénéficiaires actuels, mais ne seront que des futurs cotisants. Le droit naît avant l'accomplissement de l'obligation. On conçoit dès lors que l'accession à la vie juridique de cette nouvelle institution nécessite une transformation de structure des organismes existants et l'utilisation d'un ensemble de procédés susceptibles d'opérer une redistribution effective des revenus.

a) *La nécessité d'un retour à l'unité et à la généralité de la loi sur le plan de l'organisation.* L'unification de la protection sociale se révèle comme une des conditions nécessaires de son efficacité. La coexistence de systèmes et de régimes différenciés rend illusoires les règles de compensation des risques dominés par la loi des grands nombres. Elle est un obstacle aux « fraudes » nées des doubles-emplois et des cumuls. Elle a surtout l'avantage de la simplicité et de la « clarté » en évitant aux futurs bénéficiaires de recourir à des organismes multiples et complémentaires qui concourent au même but et utilisent souvent les mêmes techniques.

La règle de l'unité sur le plan de l'organisation a ses adversaires et ses partisans : les uns y voient la possibilité de jouir des avantages concédés aux régimes privilégiés, les autres craignent de devoir abandonner ces mêmes privilèges. L'attachement à une structure à base professionnelle n'est donc pas purement sentimentale. Aussi faut-il admettre que cette unité comporte un corollaire : la généralisation de la Sécurité sociale à toute la population.

Un certain nombre de facteurs témoignent d'une évolution des esprits dans ce domaine. Les classes moyennes aspirent à jouir de la protection consentie aux salariés. Les différenciations d'ordre économique n'entraînent pas nécessairement des statuts juridiques parallèles. La position sociale de certains commerçants, artisans ou métayers est inférieure parfois à celle de cadres et employés supérieurs. Il y a surtout cette nouvelle inégalité de statut social selon que l'individu exerce son activité non salariée à titre personnel ou sous le couvert d'une société. Dans l'ordre juridique, la généralisation offre cet avantage en conférant à

(5) P. Durand, *op. cit.* p. 292.

tous un statut social identique, d'éviter les confusions de statuts juridiques, de conserver les distinctions classiques entre le contrat de travail et les contrats voisins. Le juriste ne peut rester indifférent à un tel problème.

La généralisation permet seule enfin une redistribution efficace des revenus en faisant participer tous les éléments de la population à la constitution comme à la distribution du fonds « salaire social ». Dans cette mesure, la charge des inactifs sera supportée par la collectivité qui dans son ensemble doit venir en aide à ceux de ses membres qui sont dans le besoin pour une cause indépendante de leur volonté.

Cependant, l'idée même de généralisation modifie toutes les données envisagées jusqu'à présent. Peut-on qualifier de « salaire social » les prestations versées aux non salariés dans un système généralisé ?

b) *Une option nouvelle : Salaire social ou revenu social.* Il ne nous appartient pas de trancher ; il faut noter ici, cependant, combien l'usage de certains termes devient évocateur. Ne parle-t-on pas du « présalaire des étudiants » ? Pourtant les revenus de remplacement que revendique cette catégorie sociale ne s'apparentent en aucune façon à un salaire au sens classique. La même remarque est valable si l'on admet que le titulaire du droit aux prestations familiales est l'enfant et non plus le chef de famille : il va percevoir une forme de « rémunération anticipée ». Dans les deux cas, on ignore d'avance si la condition future bénéficiaire sera celle d'un salarié ou d'un non-salarié. Aussi, l'expression de « revenu social » paraît plus appropriée pour définir les revenus d'« inactivité » au sein d'une économie capitaliste. Il n'en demeure pas moins que la qualification de « salaire social » est plus expressive, même si elle évoque l'idée d'un « universel salariat ». À ceux qui redoutent une telle alternative comme à ceux qui la souhaitent, nous laissons le soin de définir la qualification exacte à donner aux sommes versées sans contrepartie actuelle et individuelle de travail.

Au fond, la véritable question n'est pas là. La terminologie employée, salaire social ou revenu social, ne modifie pas le résultat désiré qui est la redistribution des revenus ; unification et généralisation de la Sécurité sociale sont un des éléments permettant de réaliser cet objectif ; le second facteur, à notre avis déterminant, est de savoir par quel procédé on en assurera la mise en œuvre effective. Le problème est ici tout différent. Il est d'ordre technique, mais le choix des moyens est capital : il suppose l'abandon radical de la technique de l'assurance au profit de celle de la Sécurité sociale.

Qu'est-ce à dire, sinon qu'il convient d'admettre un « renversement » des règles actuelles qui posent en principe que la qualité de bénéficiaire découle normalement de celle d'assujéti : à la première correspond la notion de droit, à la seconde, celle d'obligation.

Le besoin étant le fait générateur du salaire social, la personne tenue présentement d'une obligation de cotiser n'est pas nécessairement celle qui est actuellement titulaire du droit. On peut même dire que l'obligation naît au moment précis où le droit cesse ou encore que le droit sort à effet parce que l'obligation est suspendue. Il y a alors dissociation

entre la qualité de bénéficiaire et celle de cotisant : l'élément déterminant de cette dissociation est l'état de besoin de l'individu. Telle semble être « l'expression juridique » de l'idée « économique » de redistribution des revenus énoncée par Lord Beveridge : « Pour que l'état de besoin disparaisse, il suffit que ceux qui sont dans l'abondance renoncent à une faible partie de leur superflu ». Est-il possible de la traduire dans les faits ?

Du point de vue juridique, il faut « repenser » les mécanismes d'ordre technique qui permettront de la réaliser à partir de deux données relativement simples, le système de financement et le régime des prestations. Les ressources du « fond commun » seront prélevées là où apparaissent des excédents de revenus ; elles seront distribuées là où les moyens d'existence se révéleront insuffisants. Reste donc à déterminer sur le plan des principes la double limite maxima et minima. On a le choix, à ce stade, entre deux conceptions l'une extrême et radicale, l'autre intermédiaire et transitoire.

La première conception consiste à faire supporter le financement du salaire social aux éléments de la population dont les revenus dépassent un certain quantum. Actuellement, avec le système de la cotisation plafonnée, c'est la solution inverse qui prévaut. Au contraire, le service des prestations en espèces ne serait réservé qu'aux éléments de la population jouissant d'un revenu inférieur à un chiffre, qui serait fixé à un niveau plus élevé afin que la Sécurité sociale ne devienne pas une forme nouvelle d'assistance. Une place à part reviendrait aux prestations en nature qui devraient être dispensées à toute la population par un Service National de Santé, la distribution des soins étant conçue comme un service public gratuit ne se distinguant en rien des autres corps administratifs, comme l'enseignement par exemple ... Ce procédé réaliserait une énergique redistribution des revenus mais se révèle plus théorique que pratique bien qu'il soit partiellement appliqué dans certains pays (Nouvelle-Zélande).

Aussi, la nécessité de tenir compte des institutions existantes suggère une autre conception ayant recours à des procédés « graduels », psychologiquement plus acceptables. La cotisation sur salaires subsisterait pour les travailleurs salariés et les employeurs et travailleurs indépendants seraient tenus d'acquitter une cotisation proportionnelle à leurs revenus, avec exonération à la base comme en matière fiscale.

Dans les deux cas, le plafond limite serait supprimé, ce qui permettrait une réduction du taux des cotisations. Ces ressources seraient complétées par une taxe spéciale sur la fortune acquise (droit de mutation en cas de succession, taxe de luxe à l'occasion de toute transaction portant sur des biens somptuaires). En revanche, en matière de prestations en espèces on appliquerait le système inverse : taux uniforme et égal au minimum de subsistance lorsque le revenu d'activité est égal ou inférieur à ce minimum ; prestations proportionnelles pour les personnes ayant un revenu supérieur mais avec application de taux dégressif par tranche de revenus. Ou bien encore maintien du régime actuel atténué par l'instauration d'une double limite : « plancher des prestations » voisin du salaire minimum garanti et prestations plafonnées à un niveau égal

à trois fois le salaire minimum garanti pour éviter l'attribution de prestations de « luxe ».

Il ne s'agit là que de règles de principe susceptibles d'orienter une solution satisfaisante qu'il appartient aux seuls techniciens de définir. Comme le souligne Monsieur Paul Durand, « Force sera bien de s'attacher un jour à l'étude de ce problème général ... si la redistribution du revenu demeure l'idéal de la politique de la Sécurité sociale (6) ». Sur la scène juridique, la notion de salaire social ou de revenu social, dépouillée de ses éléments de fiction, deviendrait une réalité technique. Mais déjà en affirmant sa valeur en tant que concept juridique, en nous efforçant de le démontrer nous souhaitons avoir ouvert de nouvelles voies à une recherche qui est une des plus passionnantes et que notre tentative ne soit pas restée vaine. Dans cette mesure nous aurons apporté notre modeste contribution à une nouvelle théorie juridique du salaire qui s'annonce pleine de promesses.

II. — *L'expression juridique de l'évolution.*

Est-il possible encore de douter de l'intérêt juridique du concept de salaire social ? Certes, sur le plan social, il permet de résoudre certains problèmes que l'on n'aurait pas osé aborder dans le cadre de la technique juridique classique du salaire. Il ouvre des perspectives nouvelles à la destinée humaine en supprimant d'abord la « peur de mourir de faim », ensuite en donnant à l'homme la possibilité de mener, non seulement une existence purement biologique, mais une vie d'êtres humains. En libérant l'homme de « l'incertitude du lendemain », il crée les conditions matérielles de son plein épanouissement. Loin de diminuer son esprit d'initiative, son énergie et sa vitalité, l'homme retrouve le goût de l'action : le salaire social n'a pour fondement ni l'assistance, ni la charité publique, c'est un droit ayant sa contrepartie dans le travail social. L'individu s'intègre dans la collectivité à laquelle il apporte toute sa personnalité parce qu'elle lui garantit en échange de ne jamais l'abandonner.

Mais le concept de salaire social apparaît surtout comme un facteur puissant d'évolution des concepts juridiques traditionnels. Il présente pour le juriste un intérêt scientifique éminent, car il lui laisse entrevoir des voies d'exploration jusque-là inconnues pour la science juridique : dans ce domaine il représente un apport capital à la théorie du droit des personnes et du droit des biens ; en lui offrant de nouvelles méthodes d'interprétation et de construction, la notion de salaire social met en évidence l'étroite parenté qui unit la personne à son patrimoine. La théorie moderne du salaire rejoint la théorie de l'homme et apporte une contribution non négligeable à une nouvelle analyse de la théorie du patrimoine.

(6) P. Durand, *op. cit.* p. 298.

1) *De la théorie juridique du salaire à la théorie de l'homme.*

En introduction à l'étude du droit des personnes, le Professeur Carbonnier écrit : « la personne physique (ou personne par excellence), c'est l'individu, c'est l'être humain tel qu'il est pris en considération par le droit. Une théorie générale des personnes physiques devrait être une théorie générale de l'homme. En fait, ajoute-t-il, le droit civil classique n'en a bâti que des fragments (ex : nom, domicile, acte de l'état civil) » (7). La distinction de l'homme et de la personne avait été imposée en droit romain par l'existence de l'esclavage, les esclaves étant des hommes sans être des personnes.

Certains historiens considèrent cette distinction comme une erreur des juristes modernes qui se placent sous l'angle du droit subjectif définissant la « persona » comme étant l'aptitude à être *sujet* de droit (8). Il faut reconnaître toutefois que si du point de vue religieux l'esclave était traité comme un être humain, par contre la loi civile ne lui reconnaissait aucune aptitude à avoir des droits. « Néant juridique » il était une chose précieuse, un objet de droits, figurant dans le patrimoine du maître qui disposait à son égard d'un droit de propriété.

Le droit classique, considérant que la nature de l'homme est la même chez tous les êtres humains, a supprimé cette distinction. L'homme n'est pas une « chose », il est le substratum de la personne ; au sens de l'article 1128 du Code Civil, il est hors du commerce juridique parce que la personne est par essence même inaliénable. Mais après avoir affirmé ce principe, le droit admet que, par convention, l'homme puisse mettre à la disposition d'une autre personne sa force de travail.

Pourtant tout le monde s'accorde à reconnaître que, malgré sa signification économique, la force de travail n'est pas un élément patrimonial ; elle est trop intimement personnelle pour être comprise dans le patrimoine (9).

La théorie moderne du salaire social ne permet-elle pas de résoudre ces contradictions ? Elle autorise néanmoins l'approche d'une solution juridique dans la mesure où elle confirme deux idées complémentaires ; le travail est l'émanation de la personne humaine ; à ce titre, il ne peut faire l'objet d'un commerce de droit privé affirmant ainsi que la personne est non seulement un être humain mais un être social.

a) *Le travail est l'émanation de la personne humaine.* Le Droit Civil classique consacre une conception philosophique « abstraite » de l'homme ; il se borne à définir les données qui déterminent l'existence de la personne humaine et son individualisation dans le temps et dans l'espace. Quand il s'agit de fixer les prérogatives qui appartiennent à cette personne, il les fait découler des principes consacrés par la déclaration des droits de l'homme de 1789.

(7) J. Carbonnier, *Droit Civil*, Tome I, p. 157.

(8) J. Macqueron, *Histoire des Institutions et des Faits sociaux de l'antiquité méditerranéenne*, Cours de licence 1957, p. 435. (Fac. d'Aix-en-Prov.) — Dactyl.

(9) J. Carbonnier, *op. cit.*, Tome II, p. 3 — C.F. Demolombe, Tome IX, n° 14 — Paul AV. Cinha Do patrimonio, Lisbonne 1934, n° 163.

Les attributs de la personnalité s'expriment en termes de libertés civiles qui sont identiques pour tous et invariables. Mais on ne met pas l'accent ainsi sur les difficultés et même l'impossibilité de fait devant lesquelles peuvent se trouver certains groupes sociaux, de les exercer. En opposition apparaissent de nouveaux droits dits sociaux, consacrés par les déclarations modernes qui envisagent des moyens propres à concrétiser les droits primordiaux de la personne humaine et à leur donner un contenu réel et non plus formel.

Cette nouvelle philosophie procède de l'idée, insuffisamment mise en lumière, que l'un des attributs fondamentaux de la personne physique, sans lequel les autres ne peuvent exister, parce qu'ils en sont les corollaires, les effets et la conséquence, c'est le droit à la vie. Le Droit classique n'envisage la protection de cet attribut essentiel de la personne humaine qu'au travers de l'article 1382 et uniquement sous le double aspect d'une atteinte causée par les tiers ou des conventions susceptibles de causer un dommage à l'intégrité corporelle.

Le courant de pensée moderne procède d'un postulat foncièrement différent ; les déclarations de droits sociaux en sont la confirmation : l'homme n'est susceptible de se réaliser pleinement que si son droit à la vie est garanti contre les atteintes, non seulement des tiers, mais de la nature elle-même. Le moyen de libérer l'homme est d'agir sur sa situation, de créer les conditions nécessaires à son « développement physique, son bien-être matériel » (10).

On retrouve ainsi, enrichie et transposée en termes concrets, l'idée hégélienne de la dialectique entre l'homme et la nature, de l'auto-créeation de l'homme par la transformation de la nature, c'est-à-dire dans le travail. Au fond, c'est bien « le travail qui a créé l'homme lui-même » et « toute la prétendue histoire mondiale n'est rien d'autre que la création de l'homme par le travail humain ».

C'est toute une philosophie nouvelle de la libération humaine, celle que l'homme conquiert par son effort créateur. La réciproque est également vraie : le travail est l'émanation de la personne humaine ; il ne peut être l'objet d'une aliénation qui suppose un commerce juridique portant sur l'être humain. Le concept de salaire social met fin à la dissociation de l'homme et du travail ; il constitue l'homme comme créancier de la Société et non plus d'une autre personne parce qu'il apporte à la collectivité dont il est membre à part entière le fruit de son labeur intellectuel ou manuel. La rémunération est l'expression concrète du droit à la vie qui appartient à tout être humain et auquel celui-ci peut prétendre car, dès lors que l'individu ne peut encore ou ne peut plus apporter son effort créateur, il doit recevoir des moyens de subsistance en contrepartie de sa qualité de personne appelée à une vie propre comme partie intégrante de la communauté.

La notion de besoin, qui rappelle l'indigence et l'assistance, disparaît au profit de celle d'un droit à la rémunération, expression monétaire du droit à la vie. Par là, la théorie du salaire rejoint la théorie de

(10) P. Laroque, Contentieux social et juridiction sociale, *Droit social* 1954, p. 271.

l'homme ; elle s'y rattache déjà parce qu'elle considère l'homme comme un être social.

b) *Des droits subjectifs aux droits objectifs.* C'est le second apport de la théorie du salaire social aux droits des personnes. Le droit privé envisage la personne isolée de ses semblables : il ne situe les rapports juridiques que d'individu à individu. Il ne reconnaît à la personne certaines prérogatives qu'à titre de droits subjectifs. Ainsi que l'a écrit M. le Doyen Georges Ripert, « le droit subjectif est un pouvoir de l'homme ... il courbe ce débiteur devant le créancier et il a fallu arracher ce débiteur à l'esclavage et à la prison. Il courbe les non propriétaires devant le propriétaire souverain sur son fonds et il a fallu limiter cette souveraineté ; il courbe l'ouvrier devant le patron et la législation industrielle a dû protéger le travailleur... il dérive de la grande loi naturelle de l'inégalité » (11). Ainsi les exceptions au principe d'égalité civile sont estimées rationnelles parce qu'elles répondent à la nature des choses. On peut admettre toutefois ces inégalités juridiques lorsqu'elles sont fondées sur des données naturelles ineffaçables (l'âge, l'état mental) ; mais en est-il de même lorsqu'elles reposent sur des différenciations d'ordre économique et social ?

Les droits, dans un tel système, restent proportionnés à la force, ce qui explique les mesures protectrices envisagées pour compenser les inégalités juridiques, en réaction contre les principes de 1804. Toute la législation sociale fait partie de ces procédés destinés à atténuer le déséquilibre existant entre employeurs et salariés dont les effets les plus graves apparaissent dans le domaine du contrat de travail où l'une des parties, le salarié est contraint pour subsister de louer sa force de travail.

Avec le concept de salaire social, les termes du problème sont renversés : l'individu peut prétendre à une rémunération ayant son fondement, non dans un rapport de droit entre deux personnes, assujettissant l'une à l'autre, mais dans un rapport de droit objectif qui le consacre titulaire d'un droit conçu comme une prérogative irréductible et inaliénable. On s'écarte ainsi délibérément de la notion de droits subjectifs ; on considère toujours que l'individu a des fins qui lui sont propres, personnelles et familiales ; mais pour réaliser ces fins, on se place dans une situation juridique objective et non dans une situation juridique subjective.

L'individu a des prérogatives dérivant directement de la règle de droit, du droit objectif en tant qu'être social, en tant que participant à la société. Aux rapports de puissance ou d'oppression se substituent des rapports réels d'égalité. Le salaire social n'est pas un droit de créance alimentaire contre la Société, fondé sur l'idée d'assistance ; il s'apparente à un véritable droit réel portant sur un patrimoine « collectivisé » affecté dans l'intérêt commun.

Telle semble être l'explication du contenu nouveau des droits économiques et sociaux reconnus à tout « être social » par les Déclarations Modernes de droit par opposition aux droits de l'homme de 1789. Le

(11) J. Kayser, *Les droits privés de la personne humaine*, op. cit.

salaire social dans la mesure où il est l'expression monétaire et fongible du droit à la vie, devient un « droit de créance mélangé de réalité » ; il traduit, sur le plan patrimonial, la valeur économique du travail, émanation de la personne humaine. Le droit des personnes rejoint intimement le droit des biens.

2) *Vers une nouvelle analyse de la théorie du patrimoine.*

La conception dualiste de la notion de rémunération remet en cause, implicitement, la théorie classique du patrimoine construite par Aubry et Rau ; elle apporte un argument remarquable à la thèse objective, d'inspiration allemande, qui, partant de l'idée que le patrimoine est indépendant de la personnalité, semble admettre la possibilité de constitution de patrimoines autonomes, détachés du patrimoine commun et destinés à répondre à des besoins plus étendus.

Au contraire, les partisans de la thèse subjective défendent l'idée qu'il ne peut exister de patrimoine sans titulaire. Dans la personne de ce titulaire, les droits et obligations qui composent cette universalité de droit trouvent leur ciment. Dans cette conception, la relation de la personne avec son propre patrimoine apparaît singulièrement étroite ; elle ne s'exprime pas dans un droit sur celui-ci. On ne dit pas que l'individu est *propriétaire* de ce patrimoine, on admet qu'il en est *titulaire*. En un sens, la personne et le patrimoine ne font qu'un. Le patrimoine est une émanation de la personnalité. La thèse d'Aubry et Rau entraîne une proposition fondamentale : toute personne a un patrimoine, n'eût-elle rien dedans, n'eût-elle que des dettes, puisque cette universalité de droit s'analyse comme le pouvoir d'acquérir des droits, d'être sujet de droit.

Cependant, le droit positif ne consacre pas, sans quelques réserves, cette idée que le patrimoine est une émanation de la personnalité et apporte quelques exceptions notamment à l'un des corollaires de ce principe, la règle de l'indivisibilité de cette universalité. La personnalité étant indivisible, on conçoit qu'une même personne ne puisse avoir qu'un seul patrimoine. Cependant, dans diverses situations, un même individu semble titulaire de deux patrimoines distincts. Une masse de biens qui peut avoir son passif propre se détache du patrimoine général pour être soumise à des règles particulières d'administration ou de liquidation.

Ainsi sous le régime dotal, le patrimoine de la femme se scinde en deux groupes : celui des biens dotaux et celui des paraphernaux. Sous tous les régimes matrimoniaux, les biens réservés de la femme forment un pécule réservé. L'héritier bénéficiaire est à la tête de deux patrimoines qui ne se confondent pas.

Mais voici un autre patrimoine autonome affecté qui, lui, est vivant et fonctionne : le salaire social, composé d'une masse de biens, n'ayant en apparence aucun titulaire, sur laquelle pourtant chaque membre de l'institution a un droit virtuel pour une quote part indéfinie et qui ne sera individualisée qu'en fonction des besoins. Cette nouvelle exception au principe de l'indivisibilité du patrimoine permet-elle de douter de la solidité de la thèse d'Aubry et Rau ? La multiplication de ces grou-

pements de biens affectés à une œuvre d'intérêt général est-elle suffisante pour assurer le triomphe de la thèse objective ? Il ne le semble pas. Mais la question est posée et il faudra bien rechercher une explication juridique valable.

Il paraît cependant possible de tenter une nouvelle analyse qui, bien qu'elle apparaisse comme un compromis entre les deux thèses, objective et subjective, du patrimoine, présente cet avantage de ne pas cristalliser la thèse d'Aubry et Rau, en prenant en considération le phénomène moderne de création de patrimoines autonomes. Cette analyse se reflète dans deux propositions fondamentales :

- l'unité du patrimoine et son indivisibilité sont des règles intangibles, car toute personne a nécessairement un patrimoine sans lequel elle ne pourrait pas être sujet de droit.
- le patrimoine peut être soumis toutefois à un double régime juridique : régime d'appropriation privé et régime d'appropriation collective.

a) *L'unité du patrimoine et son indivisibilité.* La règle de l'unité qui a paru le point faible de la théorie classique a prévalu cependant. La jurisprudence refuse de voir une universalité de droit dans le fonds de commerce ; pourtant celui-ci se traduit en fait par la création au sein du patrimoine général d'une sorte de petit patrimoine affecté au commerce, les diverses valeurs le composant étant unies ensemble par leur commune affectation. Aussi ne lui a-t-on reconnu que la qualité « d'universalité de fait » qui implique l'idée de collection de biens formant une unité économique dépourvue de personnalité, c'est-à-dire d'organisation juridique. Les dettes occasionnées par la gestion du fonds de commerce ne se séparent pas de celles que contracte, en général, le commerçant.

Le même raisonnement est soutenu pour le patrimoine familial sous le régime de communauté de biens entre époux : il s'agit d'un patrimoine affecté dans l'intérêt commun de la famille, mais sur lequel chaque époux conserve un droit « virtuel » de propriétaire qui sera potentialisé lors de la dissolution du régime matrimonial.

La règle de l'unité procède de l'idée que le patrimoine, émanation de la personnalité, est toujours identique à lui même malgré les fluctuations de ses éléments. Il est distinct des biens et droits qui le composent en un moment donné de sa durée. C'est une notion « dynamique » et non « statique ». Il représente une virtualité, un potentiel, plutôt qu'une masse de biens figés ; il exprime un pouvoir d'acquérir autant que la fortune acquise. Cependant si le patrimoine se compose des biens et droits ayant pour titulaire un même sujet de droit, l'apparition des droits et biens distincts du patrimoine général ne signifie pas pour autant que le patrimoine se soit scindé en deux masses autonomes. Cela peut signifier que certains biens ou droits ne sont plus soumis au même régime juridique tout en faisant partie du même patrimoine.

b) *Le patrimoine peut être soumis à un double régime juridique.* Le problème s'est déjà posé de savoir si le patrimoine ne s'étend pas

sur deux plans distincts, celui du capital et celui des revenus, et la théorie classique construite, comme la thèse objective, pour les capitaux observe que les revenus des biens accroissent au patrimoine. Donc le patrimoine est hétérogène dans son contenu, mais l'unité de ses éléments découle essentiellement de son lien avec la personnalité.

Cependant, le pouvoir d'acquérir les droits qu'il représente peut s'exprimer par des procédés différents. Une personne bien que titulaire d'un seul patrimoine verra alors celui-ci se scinder en deux parties selon les modes d'acquisition qu'elle pourra utiliser et qui lui sont fixés par la loi.

C'est ainsi qu'à l'intérieur du patrimoine d'un incapable la gestion du capital et des fruits obéit à des règles différentes et l'on opposera les actes d'administration et les actes de disposition. Même observation pour le régime matrimonial de la communauté de biens : chaque époux conserve son patrimoine propre mais une partie de ses biens est affectée, en vertu des dispositions légales, à un régime juridique spécifique, à des règles d'administration particulières.

Le fonds de commerce est un élément du patrimoine qui est soumis à certaines règles, sans pour autant se détacher du patrimoine général du commerçant. Le phénomène de dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur, mis en évidence par M. Michel Despax, témoigne que l'entreprise, si elle demeure encore la propriété de l'entrepreneur, échappe à l'emprise absolue de son propriétaire. Certes, il peut librement disposer des biens de l'entreprise et les dissiper sans être lié par leur affectation. « Cette possibilité tend toutefois à devenir purement théorique dans la mesure où les règles du droit fiscal viennent infléchir les règles classiques en diminuant considérablement la liberté dont jouit l'entrepreneur dans l'administration de son entreprise » (12). Le droit commercial, avec les décrets lois du 30 septembre 1953 et du 22 novembre 1954, apporte des limitations aux conséquences identiques.

La théorie juridique du salaire social vient confirmer cette interprétation sous un angle nouveau. Le patrimoine, pouvoir d'acquérir les droits, se situe sur deux plans différents : celui des droits individuels et celui des droits collectifs.

Le phénomène de socialisation du droit affecte la théorie classique du patrimoine, qui n'avait pas fait de place aux modes d'acquérir que l'on pourrait qualifier de droit public. On assiste à des transferts de propriétés et de droits du secteur privé au secteur public. Le patrimoine est soumis à un double régime juridique : certains droits sont acquis selon un processus d'appropriation privée, d'autres dérivent d'un processus d'appropriation collective.

Toute personne a droit à une rémunération mais ce droit s'exprime sous deux formes, le salaire individuel et le salaire social. Le premier est de nature contractuelle et privée, l'autre est de nature extracontractuelle et publique. Le « fonds du salaire social » est une universalité de fait affectée à tous les membres de la collectivité et sur lequel chacun

(12) Michel Despax, *op. cit.*, p. 40.

est virtuellement propriétaire d'une quote-part. La même transformation affecte l'entreprise qui, pour partie de ses éléments, devient la propriété commune des éléments humains que la composent. Il affecte ainsi toutes nos institutions juridiques.

*
**

Un droit nouveau est certainement imposé par les transformations de la vie. Il est sous-jacent dans l'ensemble de nos institutions. Le déclin de la fortune acquise comme base de nos structures sociales et économiques, au profit de l'idée de travail humain est l'indice de ce renouveau. « Tels sont les horizons, écrit le Professeur Savatier, devant lesquels il faut bien que se place le civiliste d'aujourd'hui (13). »

Moins peut-être pour marquer l'orientation future de notre droit, à travers ce qu'il comporte de permanent et de mouvant, que pour se placer sur une optique nouvelle qui soit susceptible de résoudre les problèmes juridiques que pose notre époque de transition.

*
**

(13) R. Savatier, *op. cit.* n° 355, p. 299.

VU,
Nice, le 24 juin 1964.
Le Président de la thèse,
Guy LAMBERT,
Professeur à la Faculté de Droit
d'Aix-en-Provence

VU ET APPROUVÉ
Nice, le 25 juin 1964.
Le Doyen de la Faculté de Droit
de Nice,
Louis TROTABAS.

Vu et permis d'imprimer.
Le Recteur de l'Académie d'Aix-en-Provence,
M. GUILLON.

BIBLIOGRAPHIE

A — TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

- ALLIX (E.) : *Traité de Science des Finances* Paris. Arthur Rousseau, 2^e édition, 1909.
- BRUN et GALLAND : *Droit du Travail*. Tome I, Préface d'A. Siegfried, Sirey 1958.
- CARBONNIER (J.) : *Droit Civil*, Tome I. *Institutions judiciaires et Droit Civil*, Thémis (1955).
- Les biens et les obligations. *Droit Civil*, Tome II (Thémis, 1957.)
- COLIN et CAPITANT : *Traité de Droit Civil*, refondu par Julliot de la Morandière, Tome II. Paris, Dalloz, 1959.
- DAVID (R.) : *Droit Civil comparé*, 1949-50 (*Cours de Droit*, Paris) — *Droit Civil Soviétique*, 1952-1953 (*Cours de Droit*, Paris).
- DOUBLET (J.) et LAVAU (G.) : *Sécurité Sociale*, 2^e édition, Paris, P.U.F. 1961.
- DUCUIT (L.) : *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome V, Paris. E. de Boccard, 3^e édition, 1927.
- DURAND et VITU : *Traité de Droit du travail*. Tomes I et II, Dalloz, 1950.
- GIFFARD (A.-E.) et VILLERS (R.) : *Droit Romain et Ancien Droit Français* (Les Obligations), Dalloz, 1958.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *Droit Civil*, Tome III. Dalloz, 1958.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : RODIÈRE et HOUIN, *Droit Commercial*, Tome I, Dalloz, 1958.
- LAUBADÈRE (DE) *Manuel de Droit Administratif*, 5^e édition, L.G.D.J. 1957.
- LYON-CAEN (G.) : *Manuel de Droit du travail et de la Sécurité Sociale*, L.G.D.J., 1955.
- MARTY et RAYNAUD : *Traité de Droit Civil*, 1956. Tome I.
- MAZEAUD (H.L.J.) *Cours de Droit Civil*. Tome II (éditions Monchrestien, 1956).
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de Droit Civil Français*, 14 volumes. L.G.D.J., Paris.
- RIPERT, DURAND et ROBLOT : *Traité élémentaire de Droit Commercial*, L.G.D.J., 1960.
- RIVERO et SAVATIER : *Droit du travail*, P.U.F., 1960.
- ROUST et DURAND : *Précis de législation industrielle*, Dalloz. Edition, 1951.
- Sécurité Sociale, 2^e édition, Dalloz, 1960.
- TROTABAS (L.) : *Précis de Science et législation financières*, 10^e édit. Dalloz, Paris 1951.
- VEDEL (G.) : *Droit Constitutionnel*, Sirey 1949.
- Traité de la Sécurité Sociale* : 4 volumes, édition F.N.O.S. S. 1963
- JURIS-CLASSEUR de la Sécurité Sociale*, 2 volumes.
- JURIS-CLASSEUR du Travail*, 2 volumes.

B. — OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES

- ALVIN (L.) : *Salaire et Sécurité sociale* (P.U.F. 1947).
- BARTOLI : *Science économique et travail*, Paris, Dalloz 1957.

- BERGSON (H.) : *Les deux Sources de la Morale et de la Religion*, Paris. P.U.F. 1942.
- BERTRAND (E.) : *Droit Civil. Cours de Doctorat*. Faculté d'Aix-en-Provence 1961 (Inédit).
- CAMERLYNCK (G.H.) : *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*.
- DABIN (J.) : *La philosophie de l'ordre juridique positif*. Sirey 1929.
— *Théorie Générale du Droit*. 2^e édition 1952.
- DAVID (R.) et HAZARD (John N.) : *Le Droit Soviétique*. Tomes I et II. 1954. Paris. L.G.D.J.
- DUPOUX (L.) : *L'indemnité de licenciement*. Thèse, Rennes 1942.
- DURAND (P.) : *La politique contemporaine de la Sécurité Sociale*, Dalloz 1953.
- DESPAX (M.) : *L'entreprise et le droit*. Préface de M. Marty. Avant-propos de M. Solus. Paris, L.G.D.J., 1957. *Bibliothèque de droit privé*, tome I.
- EXNER (Ad.) : *La Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. E. Seligman, 1892.
- GAUDEMET (E.) : *Théorie générale des obligations*, Sirey 1937. Préface de M. H. Capitant.
- GENY : *Méthode d'interprétation et Source en droit privé positif*. 2^e édition, tomes I et II. 1932. L.G.D.J.
- GETTING (A.) : *Sécurité Sociale* (Collection « Que sais-je ») P.U.F. 1948.
- GILLE (P.) : *Le Salarial. Etude économique et sociale. La Renaissance du Livre*. Les Editions Marcel Danthin, 1945.
- HOCHARD (J.) : *Aspects économiques des prestations familiales*. Préface de M. R. Lebel (U.N.C.A.F., 1961).
- KAYSER (P.) : *Les droits privés attachés à la personne humaine. Cours de Doctorat* 1961. Faculté de Droit d'Aix.
- KEYNES (J.M.) : *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Payot. Paris 1959.
- LAJUGIE (J.) : *La Sécurité Sociale*. Paris. Bourrellier 1948.
- LAMBERT (G.) : *La notion juridique d'entreprise. Cours de Doctorat* 1963. Faculté de Droit de Nice (Inédit).
— *Cours de Licence 4^e Année*. Faculté de Droit de Nice (Inédit).
- LAROCHE (P.) : *Réflexions sur le problème social*. (Les Editions Sociales Françaises 1953).
- LAVIGNE (P.) : *Le travail dans les Constitutions Françaises 1789-1945*, Sirey 1948.
- LEROY (M.) : *Histoire des idées sociales en France*. Paris N.R.F., 3 volumes (1946-1954).
- LÉVY-BRUHL (H.) : *Sociologie du Droit*. Collection « Que sais-je » P.U.F. 1961.
- MACQUERON (J.) : *Histoire des Institutions et des faits sociaux de l'Antiquité Méditerranéenne*. Cours de Licence (Aix-en-Provence) 1957. (dactylographié).
- MAIGNAN (G.) : *Les Allocations Familiales dans l'industrie et le commerce et les professions libérales* (U.N.C.A.F. 1954).
- NETTER (F.) : *Notions essentielles de Sécurité Sociale*. Sirey 1951.
- PAYART (J. L.) : *La politique gouvernementale des salaires aux Etats-Unis, 1940-1950*. (Librairie Armand Colin, 1954).
- RIPERT (G.) : *Les forces créatrices du droit*. L.G.D.J., 1955.
— *Aspects juridiques du Capitalisme Moderne*, Paris. L.G.D.J., 1946.
— *La Règle Morale dans les obligations civiles*, 3^e édition, 1935, L.G.D.J.
- SACHET et GAZIER : *Traité des Accidents du Travail*. 8^e édition III.
- SAVATIER (R.) : *Du droit civil au droit public*. Paris L.G.D.J. 2^e édition, 1952.
— *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2^e édition, Dalloz, 1929.
- SCELLE (G.) : *Le droit ouvrier*. Paris, Colin, 2^e édition, 1929.
- VILLEY (F.) : *Le complément familial du salaire*. Thèse, Paris 1946. (Editions Sociales Françaises, Paris).

VINCENT (J.) : *La dissolution du contrat de travail*. Thèse, Lyon 1935.
Cahiers Français d'Information (Revue):
La Vie Syndicale, *Bulletin Mensuel de la C.G.T.U.* de 1920 à 1928

C. — ARTICLES

- ANDRIEUX (J.) : *Le recours des Caisses de Sécurité Sociale contre le tiers responsable d'un accident du travail* (Tableau de la Jurisprudence de la Cour de Cassation), *Dall.* 1957. Chr. 141.
 — *Le recours des Caisses du Régime Général de Sécurité Sociale contre le tiers responsable d'un accident de droit commun*. *Dall.* 1960, p. 195.
- BERTRAND (Ed.) : *De l'ordre économique et l'ordre collectif*. *Mélanges Ripert*, p. 160. (L.G.D.J., 1950).
- BOURRIOT (F.) : *La Grèce, Histoire Générale du Travail*, Parias (L. H.), Dir. Paris. Nouvelle Librairie de France, 1959.
- BRUN (A.) : *Le recours de l'E.D.F. et du G.D.F., organismes à statut particulier, contre le tiers responsable*. G.P. 1960. Doct. I. 90.
- CAMERLYNCK (G. H.) : *La nouvelle définition du représentant de commerce statutaire*. J.C.P. 1957. I. 1369.
 — *La nouvelle définition du travailleur à domicile*. *Droit Social*, 1958, p. 334.
 — *L'indemnité de licenciement*. J.C.P. 1957. I. 1391.
- CECCALDI (D.) : *Données essentielles d'une réforme des prestations familiales*. *Droit Social*, novembre 1955.
- CELLARD (J.) : *Réflexions sur la compensation des charges familiales*. *Informations Sociales*, 15 février 1951, n° 4, p. 217.
- CHARLIER : *Le Régime complexe des Services Industriels et Commerciaux*, J.C.P. 1955. I. 1220.
- CLIQUET : *Le rôle des prestations familiales dans une économie de progrès. Prestations familiales. Etudes et perspectives*. (U.N.C.A.F. 1957).
- CUCHE (P.) : *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*. *Rev. critique* 1913, p. 412.
 — *La définition du salarié et le critérium de dépendance économique* D. H., 1932, Chr. p. 101.
- DARIC (J.) : *Les incidences sociales, démographiques et économiques du régime français des prestations familiales*. *Informations Sociales*. U.N.C.A.F. n° 17, I-9-1951.
- DEGAS (M.) : *Problèmes de la Vieillesse. Journées d'études de la Sécurité Sociale*. *Informations F.O.* juillet 1955, p. 57 ex.
- DESMOTTES (G.) : *Le renouveau familial dans les institutions*. in « *Renouveau des idées sur la famille* » (P.U.F. 1954).
- DEVEALI (M.) : *Les réactions du monde du travail devant l'application effective des lois sociales*. *Droit Social*, 1949, p. 103.
- DUPEYROUX (J.J.) : *Le problème de l'assurance maladie aux Etats-Unis*. *Droit Social*, 1959, p. 558.
 — *Le maintien du salaire et les recours contre l'auteur de l'accident*, *Dall.* 1961, Chr. 39.
- DURAND (P.) : *Le particularisme du droit du travail*. *Droit Social*, 1945, p. 498.
 — *Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle*. *Droit Social*, 1952, p. 437.
 — *Les fonctions publiques de l'entreprise privée*. *Droit Social*, 1945, p. 246.
 — *Le dualisme de la convention collective du travail*. *Rev. Trim. Droit Civil*, 1939, p. 353.
 — « *Allocations familiales et Allocations de Salaire Unique* ». *Droit Social*, 1941, tome XI.

- *Rémunération du travail et Socialisation du droit, Droit Social*, 1942, p. 83.
- *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. Rev. Trim. Droit Civil*, 1944, p. 73.
- *L'ordonnance du 7 février 1959 tendant à favoriser l'association et l'intéressement des travailleurs à l'entreprise. Droit social*, 1959, p. 78.
- *Vers une crise de la Sécurité Sociale. Droit Social*, mars 1951.
- *Les équivoques de la redistribution du revenu par la Sécurité Sociale. Droit Social*, 1953, p. 292.
- *L'influence du droit du travail et de la Sécurité Sociale sur les formes de l'activité professionnelle, Droit Social*, 1956, p. 145.
- *L'exploration d'une terre inconnue : La Sécurité Sociale. Droit Social*, 1949, p. 201.
- ESMEIN (P.) : *Le recours de l'Etat contre l'auteur d'un accident ou d'une maladie dont a été victime un Agent de l'Etat. (Commentaire ord. N° 59.76 du 7 janvier 1959). J.C.P. 1959. I. 1489.*
- FREYRIA (Ch.) : *La notion de relation de travail entre époux. Droit Social*, 1952, pp. 378 et 465.
- FRIEDEL (G.) : *La loi du 28 mai 1955 relative à l'assujettissement de certains dirigeants de Sociétés à la Sécurité Sociale. Droit Social*, 1956, p. 168 et 307.
- GARELLI (P.) : *Asie Occidentale Ancienne — in Histoire Générale du travail. Paris. Nouvelle Librairie de France, 1959.*
- GAUGUIER (J.) : *Situation juridique du salarié au cours du trajet pour se rendre au travail ou en revenant. J.C.P. 1951. I. 952.*
- *Influence des lois sociales sur la consistance du salaire de base en matière d'accidents du travail. J.C.P. 1948. I. 703.*
- *Commentaire ordon. 19 octobre 1945. J.C.P. 1946. I. 539.*
- HEMARD (J.) : *Le nouveau régime des Sociétés entre époux. Dall. 1959, p. 27.*
- HERZOG (J. L.) : *Les Caisses de Sécurité Sociale sont-elles recevables à demander la faillite d'un commerçant ? Revue Trim. de Droit Comm., 1951, p. 24.*
- HOCHARD (J.) : *Les prestations familiales aux femmes seules. Etudes et perspectives. U.N.C.A.F. 1957.*
- *Anomalies doctrinales et juridiques de l'allocation de Salaire Unique. Droit Social, mai-juin 1959.*
- HOUIN : *La portée du privilège de la Sécurité Sociale dans la faillite. Rev. Trim. de Droit Commercial, 1950, p. 3.*
- HUILLIER (R.) : *Comment en vertu de l'Art. 95 de l'ordonnance du 19.10.1945, les Caisses de Sécurité Sociale peuvent-elles obtenir le remboursement des dépenses occasionnées par un accident de droit commun dont un tiers est rendu responsable. Chr. J.C.P. 1954. I. 1186.*
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE : *De l'action des Administrations contre le tiers responsable de l'accident survenu à un membre de leur personnel. D. 1958. Chr. 179.*
- *De la récupération par une Administration des cotisations patronales afférentes au salaire versé en période d'invalidité. Dall. 1961, p. 125.*
- LANCEREAU (P.) : *L'activité professionnelle, base du droit aux prestations familiales. Droit ouvrier, 1952, p. 172.*
- LAROQUE (P.) : *Famille et Sécurité Sociale. Informations Sociales. (U.N.C.A.F., 1^{er} mars 1950).*
- *Contentieux social et juridiction sociale. Revue, Etudes et Documents du Conseil d'Etat. Cf. Droit Social, 1954, p. 271.*
- *Journées d'étude de la Sécurité Sociale, 16 et 21 mai 1955. Informations, pp. 10 et suivantes.*
- LAVALLEE (J.) : *La Commission départementale des prestations familiales. Droit Social, 1952, p. 414.*
- LAVIGNE (P.) : *Risque social et charges sociales. Dalloz, 1948, Chr. 89.*
- LEBEL (R.) : *Les Allocations familiales. Etude Internationale. Informations Sociales (U.N.C.A.F., février 1954, pp. 133 et suiv.).*

- *La généralisation de la protection sociale. Documentation économique et sociale*, 1955.
- LYON-CAEN (G.) : *Fondements historiques et rationnels du droit du travail. Droit ouvrier*, 1951, p. 1.
- *Le Salaire dans le droit du travail et dans le droit de la Sécurité Sociale. Droit Social* 1960, p. 613.
- MARSEILLE (M.) : *Problèmes soulevés par les gratifications de fin d'année. Dal.* 1958, *Chr.* II.
- MEURISSE (R.) : *Le recours de l'Etat contre le tiers responsable d'accidents causés à des fonctionnaires G.P.* 1958. II. *Doct.* 13.
- MICHEL (Cl.) : *Il faut généraliser la Sécurité Sociale. Documentation économique et sociale*, 1955.
- MONOD (J.) : *La promotion sociale et la loi du 31 juillet 1959. Droit Social*, 1959. 592.
- NECTOUX (J.) : *Du droit par les Caisses de Sécurité Sociale de provoquer la faillite de leurs débiteurs commerçants. G.P.* 1957. II. *Doctrine*, 17.
- PERRAUD-CHARMANTIER : *Essai sur l'énoncé des conséquences pratiques des caractères juridiques des cotisations de Sécurité Sociale, G.P.* 1952. I. *Doctrine*, p. 30.
- REMONDOT (R.) : *Le Monde Romain. Histoire générale du travail. Paris*, 1959. N.L.F.
- RIPERT (G.) : *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce. D.H.* 1939, *Chr.*, p. 1.
- RODIÈRE (R.) : *Fondement et Sources des Allocations familiales. Dall.* 1946. *Chr.* XIX.
- *Les prestations familiales. Dall.* 1947. *Chr.*, p. 57.
- ROUAST (A.) : *Le contrat de travail et la loi sur les Assurances Sociales. Sem. Jur.*, 1929, p. 329.
- *Les avantages complémentaires du salaire. Droit Social*, 1948, p. 370.
- SAUNERON (S.) : *Egypte in Histoire Générale du travail. Paris N.L.F.*, 1959.
- SAUVY (A.) : *Préface de « Renouveau des idées sur la famille » Institut National d'études démographiques. (P.U.F. 1954).*
- SAVATIER (R.) : *Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie, D.H.*, 1934, p. 37.
- *Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit, Dall.* 1939, *Chr.* 49.
- *L'affectation des Allocations Familiales.*
- *Essai d'une présentation des biens incorporels. Rev. Trim. Droit Civil*, 1958, p. 340.
- SOETZEL (J.) : *Visage moderne de la famille, in Renouveau des idées sur la famille (P.U.F., 1954).*
- THÉRY (R.) : *Les personnes à charge et le droit de la famille. J.C.P.* 1948. I. 379.
- TUNC (A.) : *Le recours de la Sécurité Sociale et des Collectivités Publiques contre le responsable du dommage qui a entraîné leur intervention. Rev. Trim. de Droit Civil*, 1955. II. 583.
- VEDEL : *La déclaration universelle des droits de l'homme. Droit Social*, 1949, p. 372.
- VIATTE (Ch.) : *Qui supporte les charges sociales ? Droit Social*, 1951, p. 46.
- VOIRIN (M.) : *La nouvelle répartition des attributions entre les directeurs et les conseils d'administration dans les Caisses du Régime Général de la Sécurité Sociale. Droit Social* 1960, p. 429
- VOIRIN (P.) : *L'attribution intégrale des pourboires aux salariés. D.H.* 1930. *Chr.* 2.
- WALLAERT : *Rapport. Bulletin du Conseil National du Patronat Français.* 5 février 1954, N° 62, pp. 29 et 30.
- WEIL (L.) : *La promotion supérieure du travail. Droit Social*, 1961. 472.
- X... : *Indexation des prestations familiales, Droit Social*, 1958, p. 421.

D. — NOTES DE JURISPRUDENCE

- APPLETON (J.) : *Crim.* 4 février 1898. D.P. 1898. I. 369.
- BASTIAN : *Ch. Soc.* 15 juillet 1943. J.C.P. 1944. II. 2 514.
- B.P. : Tribunal de la Seine du 24 mai 1957. J.C.P. 1957. II. 10081.
- BRUN (A.) : C.E. du 15 février 1961. Dall. 1961. 373.
- BRUNET (J. P.) : Chambre Civile, 2^e Section Civile. Cour de Cassation du 26 février 1958. Dall. 1958. 597.
- CHARDEAU (Com du Gvt) : C.E. 28 avril 1961. J.C.P. 1961. II. 12213.
- CHASTENET : C.E. Arrêt Montpeurt du 31 juillet 1942. D.C. 1943. J. 138.
- COSTES (M.) : Limoges 10 novembre 1936. Sirey 1937. II. 113.
- DALLANT : Ch. Crim. du 9 janvier 1931. D.P. 1931. I. 171.
- DELACRANGE : Cass. 19. 2. 1954. Dall. 1954., p. 781.
- DERRIDA (F.) : Cass. Comm. du 3 janvier 1956. J.C.P. 1956. II. 9232.
- DUPEYROUX (J. J.) : Cass. Civ. du 3 janvier 1962. Dall., 1962. 234.
- Deux Arrêts Cass. Soc. du 1^{er} février 1962. Dall. 1962. 303.
- Cour d'Appel de Pau du 7 mars 1960 et de Rennes du 12 mai 1960. Dall., 1960. 503.
- Cour d'Appel de Toulouse du 9.10.1959. Dall., 1960. 48.
- Cass. Civ. 2^e Section, 26 février 1960. Dall., 1960. 551.
- Cass. Civ. 2^e Section Civile du 14 octobre 1959. Dall. 1960. 73.
- Ch. Civ. 2^e Section Civile du 12 mai 1961. Dall. 1961. 603.
- DURETESTE (S.) : Cass. 5 avril 1954, 10 février 1954, 3 juin 1955. D. 1956. 37.
- ESMEIN (A.) : Civ. 16 juin 1896. S. 1897. I. 17.
- ESMEIN (P.) : J.C.P. 1957. 9780. J.C.P. 1958. I. *Chr.* 1422.
- FALCIMAIGNE (Ch.) : Cass. Civ. 24 avril 1925. D. P. 1927. I. 141.
- GAUGUIER : Cass. 30.7.1949. J.C.P. 1949. II. 5053.
- KAYSER (P.) : Cass. Ch. Requêtes 30.10.1929. Sirey 1930. I. 145.
- LAFERRIÈRE (Conclusions) : Chambres Réunies 31 janvier 1901. D.P. 1901. I. 169.
- LINDON (Avocat Général) : Chambres Réunies 27 juin 1962. J.C.P. 1962. II. 12. 798.
- Assemblée Plénière du 30 juin 1960. Dall., 1961. J. p. 1.
- MAZEAUD (L.) : Cass. Civ. 9, 16 et 18 octobre 1960. Dall., 1961. 17.
- MEURISSE (R.) : Cass. du 14 octobre 1959. *Droit Social*, mai 1960.
- C.E. du 8 mars 1957. Sirey, 1957. 280.
- MIHURA : Chambres Réunies du 15 juillet 1941. J.C.P. 1941. II. 1705.
- MINJOZ (J.) : Ch. Civ. 2^e Section Civile du 3 janvier 1963. Dall., 1963. 397.
- P. A. : Chambres Réunies du 29 juin 1955. J.C.P. 1955. II. 8821.
- PAILLOT (P.) : Cass. Soc. 12 mars 1942. J.C.P. 1942. II. 1952.
- PERREAU : Chambres Réunies du 5 août 1941. J.C.P. 1941. II. 1734.
- PIC : Cass. Civ. 6 juillet 1931. D.P. 1931. I. 121.
- Ch. Civ. 25 novembre 1936. D. 1937. I. 89.
- POCHON : Cass. Civ. 2^e Section Civile du 26 juin 1957. Dall., 1958. J. 55.
- POPLAWSKI : C. Soc. du 25 janvier 1946. J.C.P. 1946. II. 3336.
- RIPERT : Cass. Com. Ch. Civ. Section Comm. 25 février 1957. D. 1958. J. I.
- Cass. Soc. (Ch. Civ. Sect. Soc.) 19 juillet 1951. D. 1952. J. I.
- RODIÈRE : Ch. Civ. 21 février 1939. Dall. 1939. I. 121.
- ROUAST (A.) : Cass. Soc. 15 décembre 1949. D. 1950. 209.
- Cass. 30 juillet 1949. Dall. 1949. 565.

ROUX (J. A.) : Ch. Réunies 31 janvier 1901. S. 1902. I. 157.

SALEILLES : Civ. 16 juin 1896. Dall., 1897. II. 453.

SARRET (Avocat Général) : Cass. Civ. Réj. 21 janvier 1903.

SAVATIER : Cass. Crim. 13 janvier 1922. D.P. 1923. I. 25.

— Cour d'Appel de Poitiers du 5 décembre 1923. D.P. 1924. 2. 73.

— Cour d'Appel de Paris 21 avril 1944. J.C.P. 1944. II. 1635.

SEGALAT (Commis. Gouvern.) : C. E. Arrêt Montpeurt du 31 juillet 1942. D. C. 1943. J. 138.

VOIRIN (P.) : Bordeaux 10 décembre 1921. Dall. 1929, p. 81.

— Civ. 23 juin 1961. J.C.P. 1961. II. 12368.

— Trib. Adm. de Nancy du 27 janvier 1960. J.C.P. 1960. II. 11549.

— Cass. Civ. 16.4.1929. Dall. Per. 1930. I. 37.

— Assemblée Plénière de la Cour de Cassation du 30 juin 1960. Dall., 1960. J. 649.

— Cass. 16 janvier 1930. D. H. 1930. 129.

WALINE : C.E. 12 janvier 1951. *Revue de Droit Public*, 1951. N° IV, p. 895.

ADDENDUM

- Page 103
note 35 J.C.P. 1960. 11.11413. Solution confirmée par la Cour de Cassation ; voir Civ. 11.10.1963. *Dt Social* 1964, p. 125. Obs. Lyon-Caen et Civ. 23.10.1963 G.P.
- Page 115
note 21 La solution de la Chambre civile du 24.2.1960 a été confirmée par l'Assemblée plénière civile le 18.6.1963. — D. 1963 — 643, note Minjoz. Voir également *Droit social* 1964, p. 123. Obs. Lyon-Caen.
- Page 157
35^e ligne Lire... « dont le taux de compensation s'établit à 4 % des salaires ».
- Page 157
note 24 Le taux des cotisations a été porté à 3,75 % des salaires à compter du 14.7.1963.
- Page 197
note 53 Cass. ch. civ. 2^e section 3.11.1961. Jur. S.S. II, 1961. Bull. 11 N° 719 voir également Civ. 11.10.1961. *Dr. Soc.* 1962.590. Obs. Dupeyroux. Civ. 3.7.1963. *Dr. Soc.* 1963, p. 367. Obs. Lyon-Caen.
- Page 246
note 48 D. 1949-565. Note Rouast et J.C.P. 1953-7743.
- Page 264
note 90 Voir M. Dahan : Sécurité sociale et responsabilité, L.G.D.J. 1963 ; et Barthes de Montfort : Nature et fondement du recours, contre le tiers responsable, du débiteur de prestations dues à la victime ; L.G.D.J. 1964.
- Page 277
note 145 Par deux arrêts du 30 avril 1964, l'Assemblée plénière civile affirme plus nettement que dans son arrêt du 30.6.1960 le droit de l'E.D.F. ou de la S.N.C.F. de réclamer sur la base de l'art. 1382 au tiers responsable de l'accident causé à leur agent le remboursement des charges sociales.
- La 2^e section civile de la Cour de cassation, par l'arrêt du 27.5.1964, s'est ralliée finalement à cette jurisprudence. (Voir D. 1965, p. 149, note BREDIN). On est parvenu ainsi à une unité de vues bien que la doctrine favorable à la jurisprudence antérieure de la Chambre civile maintienne son point de vue (ESMEIN. Note sous ASS. PLEN. CIV. 30.4.1964 — J.C.P. 1964 — 11.13734 et « le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité ». D. 1964 chr. p. 205). Ces décisions récentes confirment ainsi l'analyse que nous avions abordé sous ce chapitre et notre essai de construction juridique. La question reste néanmoins posée de savoir si l'action subrogatoire ne devrait pas s'étendre également aux charges sociales qui représentent comme l'indique l'Assemblée plénière un accessoire obligatoire du salaire. Mais cet « accessoire » n'est pas affecté *exclusivement au profit de la victime*. Ainsi seul le recours à l'article 1382 permet à l'E.D.F. de rentrer dans ses débours.
- Page 280
note 152 Voir *supra*, analyse des arrêts récents de l'Assemblée plénière civile du 30.4.1964 qui admettent l'entreprise à statut à obtenir le remboursement de ses charges sociales. Ces décisions reconnaissent que

l'E.D.F. ou la S.N.C.F. subissent un préjudice propre qui est imputable à l'accident et dont elles doivent être, en conséquence, dédommagées. On peut s'étonner dès lors de la différence de régime auquel est soumis l'Etat auquel l'ordonnance du 7.1.1959 refuse tout recours pour la récupération des cotisations de Sécurité sociale. Il y a bien un faux problème qui ne peut recevoir de solution logique que si l'on admet que les cotisations sociales sont une partie du salaire individuel collectivisé, soumise au même régime juridique.

Page 283
note 160

L'Assemblée plénière civile saisie, suite à cette divergence des Chambres, sociale et civile, a rendu conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général LINDON un arrêt où elle adopte la jurisprudence de la Section Sociale. La Cour de Paris le 1.7.1964 (D. 1965, p. 47) ne s'est pas inclinée et a repris la position de la Chambre civile.

Page 309
note 11

Du même auteur : Vers une réforme de l'allocation de salaire unique — Questions S.S. 1964 — 83.

Page 320
note 26

Voir également du même auteur :
« Le droit personnel des enfants aux prestations familiales » Droit Social 1961 — pp. 51 et 113.

Page 351
note 23

Cette limite est au 1.3.1965 de 17.284,08 frs, le plafond des cotisations étant de 12.240 frs.

Page 361
38^e ligne

lire... « 204 frs par mois au 1.1.1965 » au lieu de « 174 frs par mois... ».

Page 377
17^e ligne

lire... « à 2.400 frs par an au 1.1.1965 » au lieu de « 1.800 frs par an... ».

Page 409
note 14

En effet, cette jurisprudence faisait application du décret du 19.12.1945 qui avait enfermé la demande d'admission dans un délai de 6 mois. La Cour suprême dans un arrêt du 26.2.1964, s'appuyant sur l'interprétation littérale de l'art. L. 244 du Code de la S.S., considère qu'aucun délai de forclusion n'est opposable à l'assuré obligatoire.

(Nous démontrons que cette décision ne paraît pas fondée.)

Page 452
note 27

La Chambre civile de la Cour de cassation, le 8.5.1964, esquisse toutefois un retour vers une définition plus étroite du lien de subordination.

Page 462
36^e ligne.

Après « *doivent traités* ». La loi du 6.8.1963 ajoutant à l'article L. 242.3 du Code de Sécurité sociale un nouvel alinéa prononce désormais l'assujettissement des pigistes.

Page 466
note 19

Voir R. LINDON — J.C.P. 1963 — I. 1788.
C. LEDERMANN G.P. 1963 — 2. doc. p. 91.
J. JUTTARD — G.P. 1964 — I. p. 8.

Page 515
note 30

Le point de vue de la Cour suprême a été confirmé par un arrêt de la même section civile du 6.3.1963 (voir Droit social 1963, p. 382. Note Lyon-Caen).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

L'EVOLUTION DU CONCEPT DE SALAIRE

SOUS-TITRE I. — <i>L'ANALYSE HISTORIQUE DU CONCEPT DE SALAIRE</i>	15
CHAPITRE PREMIER. — L'Aspect contractuel du salaire	17
<i>Section I.</i> — L'antiquité et la rémunération du travail	17
A) Le pécule de l'esclave	20
B) La merces du droit Romain	22
<i>Section II.</i> — La nature du salaire du droit romain au Code civil	23
A) Le salaire « statutaire » dans le cadre de la corporation	23
B) La conception atomiste et contractualiste du code civil	25
a) Les facteurs d'élaboration	25
b) Le salaire, prix du travail-marchandise et la justice commutative	27
CHAPITRE II. — Le bouleversement du concept classique par la législation sociale.	31
A) La naissance du droit du travail	33
B) L'avènement des assurances sociales et l'idée de sécurité sociale	35
SOUS-TITRE II. — <i>LES TRANSFORMATIONS DU FONDEMENT JURIDIQUE DU SALAIRE</i>	39

CHAPITRE PREMIER. — La relativité de la notion de rémunération.	41
A) Le caractère multiforme des revenus perçus par le salarié	41
B) La mosaïque des qualifications et des fondements de la notion de salaire	42
CHAPITRE II. — La dualité de la notion de rémunération	45
Sous-Titre III. — <i>OPPORTUNITE DE LA CONCEPTION DUALISTE</i>	47
CHAPITRE PREMIER. — En droit comparé	49
A) L'existence du dualisme malgré la variabilité des techniques juridiques	50
I. — Les clauses de garantie du salaire aux U.S.A.	50
II. — Les données du problème en Europe Occidentale	52
III. — Les substituts et compléments du salaire en U.R.S.S.	54
B) Le fondement juridique de la rémunération varie selon la structure sociale	57
I. — Le fondement juridique de la rémunération se dédouble dans les pays Occidentaux	57
II. — Vers l'unification des concepts dans les pays de droit Soviétique	59
CHAPITRE II. — Le problème de la notion de rémunération en droit positif Français	60
Section I. — Un intérêt d'ordre intellectuel	
Section II. — Les multiples intérêts d'ordre technique de la conception dualiste	64
I. — Le salaire dans le droit de la Sécurité sociale et le droit du Travail	64
a) <i>Dans le droit du travail</i>	64
b) <i>La Sécurité sociale</i>	65

II. — L'opposition apparente du droit du Travail et du droit de la Sécurité sociale	67
Conclusion et plan d'étude	72

PREMIERE PARTIE

DE LA CONCEPTION UNITAIRE A LA CONCEPTION DUALISTE
DE LA NOTION DE SALAIRE

TITRE I

LE BOULEVERSEMENT DE LA CONCEPTION CLASSIQUE
UNITAIRE DU SALAIRE

Sous-Titre I. — <i>LA TRANSFORMATION EXTERNE DU CON- CEPT DE SALAIRE OU LES ELEMENTS DE COMPLE- MENT DU SALAIRE</i>	87
---	----

CHAPITRE PREMIER. — Les compléments du salaire à finalité sociale	89
--	----

Section I. — La notion de sursalaire et sa disparition	90
--	----

A) Origine et développement des prestations familiales.	91
---	----

B) L'évolution de la jurisprudence	94
--	----

1) La position originaire de la jurisprudence	94
---	----

2) L'évolution doctrinale et le revirement de la juris- prudence	99
---	----

Section II. — Les suppléments familiaux « conventionnels ».	101
---	-----

A) Leur dualisme avec les prestations légales	101
---	-----

B) La réapparition de l'idée de sursalaire	103
--	-----

CHAPITRE II. — Les compléments du salaire d'origine contractuelle.	105
--	-----

Section I. — L'analyse des thèses en présence	107
---	-----

A) La conception restrictive de la notion de rémunération dans le droit du travail	108
---	-----

1) L'absence de définition légale	109
---	-----

2) L'interprétation donnée par la jurisprudence	110
--	-----

a) La gratification « non contractuelle » est une une libéralité	110
b) Le virement de la jurisprudence à propos des indemnités de rupture du contrat	112
B) La conception extensive de la notion de rémunération dans le droit de la Sécurité sociale	115
1) L'évolution des textes législatifs et la position de doctrine	115
2) L'orientation nouvelle de la jurisprudence et sa tentative de « dépasser » l'analyse classique du salaire	118
a) Un facteur d'évolution : la thèse extensive de l'Administration	118
b) « Un tournant » de la jurisprudence	121
α) l'adoption par la Cour de Cassation du du critère subjectif de « prévisibilité ».	121
β) l'incertitude des juridictions inférieures.	123
<i>Section II. — La nature juridique différenciée des complé- ments contractuels du salaire et la recherche d'un fonde- ment juridique unitaire</i>	125
A) La disparition progressive de l'idée de libéralité ..	126
1) Les pourboires	127
2) Les gratifications	129
B) Vers une nouvelle analyse juridique des « indemnités réparatrices »	132
1) Le caractère « suspect » des dépenses profes- sionnelles	133
2) La double nature juridique, rémunératoire et indemnitaire, des indemnités de rupture du contrat de travail	136
a) L'idée indemnitaire et l'existence d'une obli- gation de réparation	137
b) Le fondement de l'obligation de réparation et l'idée « rémunératoire »	140
<i>SOUS-TITRE II. — LA TRANSFORMATION INTERNE DU CON- CEPT DE SALAIRE : LES ELEMENTS DE SUBSTITUTION DU SALAIRE</i>	145
<i>CHAPITRE PREMIER. — Les caractères des substituts du salaire</i>	149
<i>Section I. — La diversité « formelle » des techniques juridi-</i>	149

ques	149
A) Les dispositions d'origine législative	151
1) L'interventionnisme social de l'Etat	151
a) L'assistance chômage	152
b) L'Etat, auto-assureur	154
2) Les organismes privés à caractère obligatoire	156
a) Les substituts du salaire versés par les Caisses de Congés Payés	156
b) Les substituts du salaire versés par les orga- nismes de Sécurité sociale	159
B) Les dispositions d'origine conventionnelle	161
1) L'assistance facultative dans le cadre de l'en- prise	161
2) L'assurance obligatoire d'origine contractuelle ..	164
a) L'assurance chômage obligatoire	164
b) Les régimes complémentaires de retraite ...	165
<i>Section II. — L'unité « matérielle » des causes d'attribution.</i>	167
A) L'absence de prestation de travail	168
1) Les modalités de l'abstention du salarié	168
2) L'exception confirmant le principe : la grève et les substituts du salaire	172
B) L'existence d'une cause étrangère à la volonté des parties	174
1) La théorie des risques	174
2) L'élément subjectif	177
CHAPITRE II. — La nature juridique des substituts du salaire	181
<i>Section I. — Les difficultés d'une théorie d'ensemble</i>	182
A) Les controverses doctrinales	182
B) Le problème en législation	185
1) La variabilité des textes	185
2) Le contenu original de la loi du 20 mars 1954 ..	187
<i>Section II. — L'attitude de la jurisprudence</i>	189
A) Le rejet des solutions intermédiaires	190
B) L'attrait des solutions extrêmes	192
1) La thèse extensive de la notion de rémunération ..	192
2) La thèse restrictive de la notion de rémunération.	195

TITRE II

LA RELATIVITE DE LA NOTION DE REMUNERATION
ET LE DUALISME DES CONCEPTSSOUS-TITRE I. — LA GENESE DE LA CONCEPTION DUALISTE DE
LA NOTION DE SALAIRE 203CHAPITRE PREMIER. — La dynamique de la réalité économique et
sociale 205*Section I.* — Les mobiles de la politique sociale 205

A) L'ascension du travailleur 206

B) La redistribution des revenus 207

1) Le calcul purement économique dans la théorie
keynésienne 2082) Le contenu humain de la redistribution des
revenus chez Beveridge 209*Section II.* — Les réactions des groupes sociaux face à la légis-
lation sociale 210

A) La position diversifiée des salariés 211

1) Le rejet du paternalisme 211

2) Les objectifs variables des centrales syndicales .. 213

a) La disparition du salariat 213

b) L'amélioration de la condition ouvrière 214

B) L'évolution de l'attitude patronale 215

1) L'appui des groupements patronaux aux premières
législations d'Assurances Sociales et d'Allocations
Familiales 2162) La résistance des milieux professionnels à la Sécu-
rité sociale 217

a) Les mobiles de l'hostilité patronale 218

b) L'aspect négatif de l'intervention des milieux
professionnels 219

α) L'aspect négatif à l'échelon législatif .. 219

β) L'aspect négatif sur le plan économique. 220

I. — Le rôle des phénomènes de trans-
fert et d'évasion des cotisations. 220

A LA NOTION DE SALAIRE SOCIAL	553
II. — La redistribution du revenu salarial	222
CHAPITRE II. — L'influence des faits économiques et sociaux sur l'analyse juridique des éléments constitutifs de la rémunération	225
Section I. — L'interdépendance de la science juridique et des autres sciences sociales	226
Section II. — La conception « dualiste » du salaire, conforme à la réalité économique et sociale	227
A) Le « dualisme » du salaire dans son contenu	228
B) Le fondement « unitaire » de tous les éléments de rémunération	228
SOUS-TITRE II. — <i>L'APPARITION D'UNE NOTION MODERNE : LE SALAIRE SOCIAL OU LA REDISTRIBUTION DU « SURPLUS ». SA VALEUR EN TANT QUE CONCEPT JURIDIQUE *</i>	231
CHAPITRE I. — La nature juridique des composantes du salaire social	235
Section I. — La nature juridique des cotisations de Sécurité sociale	235
§ 1. La position de la jurisprudence et son évolution	236
A) La cotisation patronale, élément du salaire et la conception subjective	237
B) L'exclusion de la cotisation patronale comme élément du salaire et la conception objective	238
§ 2. Critique de la jurisprudence et recherche d'une construction positive	240
A) Les controverses doctrinales sur la nature des cotisations	240
1) Les arguments de la conception « fiscale »	241
2) La thèse de la cotisation, élément du salaire	243
B) Les objections et la conception unitaire et moderne des cotisations sociales	245
1) Les objections de forme	245
2) Les objections de fond	247

a) Le caractère illusoire du double fondement des cotisations	247
a) La technique du financement masque la réalité juridique	247
β) L'analyse économique et l'unité objective des cotisations de sécurité sociale	249
b) Les cotisations sociales, élément constitutif du salaire « social » et produit du travail « collectivisé »	250
<i>Section II. — La nature juridique des prestations de sécurité sociale</i>	253
<i>Sous-section I. — Le caractère « indemnitaire » des prestations et l'absence de relation avec la prestation individuelle de travail</i>	255
§ 1. La survivance des techniques de l'assurance privée ..	257
A) L'aspect positif du mécanisme de la subrogation et ses conséquences juridiques	258
1) L'action subrogatoire des organismes de Sécurité sociale	260
a) L'assurance décès et sa nature indemnitaire.	261
b) Les modalités du droit de recours des organismes de Sécurité sociale	263
a) Le contenu du droit au remboursement.	263
I) L'inopposabilité aux caisses du partage de responsabilité	264
II) Les limites de l'action subrogatoire.	266
o) La limite positive et le « prétium doloris »	266
oo) La limite négative et l'exclusion des dépenses « non indemnitaires ».	268
β) La coexistence pacifique des deux actions.	269
2) Les controverses sur la nature des prestations versées par les régimes spéciaux	271
a) L'incertitude des solutions proposées	272
a) Le désarroi des juridictions inférieures face au conflit des chambres	273
β) L'Assemblée Plénière du 30 juin 1960 et les conséquences de son silence équivoque.	275
b) La recherche d'une construction juridique.	277
— Le caractère indemnitaire des prestations statutaires	277
— La récupération des charges sociales ou fiscales est un faux problème	279

B) L'aspect négatif de la technique de l'article 160 du Code de la Sécurité sociale	280
1) L'action récursoire en remboursement contre l'employeur et l'équivoque de son intérêt d'application.	281
a) L'existence d'une double action en remboursement	281
b) La nature de la sanction : « peine privée ».	282
2) L'inadaptation des techniques anciennes au nouveau concept de Sécurité sociale	284
§ 2. La disparition de la notion d'assurance et l'absence de relation avec la prestation individuelle de travail.	285
A) Le domaine du principe « indemnitaire »	285
1) Les prestations en nature	286
2) Les prestations forfaitaires en espèces ou allocations	286
a) Les allocations familiales	286
b) Les autres allocations	287
B) Les atteintes au principe « indemnitaire »	288
1) Les prestations en espèces de l'assurance maladie-invalidité et des accidents du travail	288
2) Les pensions vieillesse	289
<i>Sous-section II. — Le fondement « rémunérateur » des prestations et l'existence d'une contre-partie juridique</i>	290
A) Le salaire social, mode d'« individualisation » des cotisations	291
1) L'insuffisance des explications classiques du phénomène de redistribution	291
a) Le fondement sociologique du droit aux prestations : l'état de besoin	292
b) Le fondement juridique : droit de créance de l'individu contre la Société	293
2) La conception dualiste et moderne du droit aux prestations sociales	294
a) L'existence d'un droit de propriété collective.	295
b) L'état de besoin, condition d'exercice du droit d'appropriation privée	295
B) Le travail social, contre-partie juridique des prestations ?	296
1) La constatation de droit de la « valeur travail » de la fonction maternelle	297

2) La constatation de fait de la « valeur travail » de la fonction maternelle	298
a) Le droit aux prestations familiales et l'exer- cice d'une activité professionnelle	299
b) Le fondement des allocations de vieillesse aux mères de famille	300
CHAPITRE II. — Le salaire social, contre-partie juridique de l'ac- tivité humaine ?	302
<i>Section I. — La rémunération présente des activités extra- contractuelles et le salaire social</i>	<i>304</i>
A) Le domaine des activités extra-contractuelles	304
1) L'investissement humain dans l'ordre matériel. .	305
a) La conception subjective de la couverture des charges de « maternité »	306
b) La conception objective de la couverture des charges de « maternité »	307
2) L'investissement humain dans l'ordre culturel	307
a) L'activité socialement utile de la mère au foyer	309
b) Les activités indispensables au plein épanouis- sement de la personne humaine	310
α) Vers la socialisation de l'Université	311
β) L'élargissement de la promotion sociale des adultes	312
B) L'intérêt d'application du concept de salaire social ..	312
1) L'inefficacité du contrat de travail	313
2) La nécessité d'une rémunération extra-contrac- tuelle	314
<i>Section II. — Le salaire social, rémunération extra-contrac- tuelle de l'activité passée ou future</i>	<i>314</i>
A) Le salaire social, expression concrète des droits sociaux de la personne humaine	315
1) Le droit au repos et la rémunération différée de l'activité passée	316
a) Le droit aux congés payés	316
b) La généralisation de l'assurance vieillesse ..	317
2) Le droit à la vie et à la santé	318
B) Vers la prise en considération de l'activité future ..	318

- | | |
|--|-----|
| 1) L'assurance accident du travail prend en considération l'activité future des apprentis et des mineurs | 318 |
| 2) Les allocations familiales, rémunération anticipée de la main-d'œuvre future | 319 |

DEUXIEME PARTIE

LA SURVIVANCE DES RELATIONS DU SALAIRE SOCIAL
ET DU SALAIRE INDIVIDUEL ET SES EQUIVOQUES

TITRE I

LA DETERMINATION DU SALAIRE SOCIAL
EN TANT QU'OBJET DE DROITSOUS-TITRE I. — *LE SALAIRE SOCIAL, FONCTION DU
SALAIRE INDIVIDUEL* 331CHAPITRE PREMIER. — L'existence d'un lien juridique avec le
salaire direct 335*Section I.* — La réalité de la garantie et son domaine d'appli-
cation : les accidents du travail 337

A) La conception traditionnelle des accidents du travail. 338

I. — Origine et fondement du droit à réparation en
matière d'accident du travail 339a) L'insuffisance du droit commun de la respon-
sabilité 339b) Le fondement du droit des accidents du tra-
vail : la notion de risque professionnel et le
principe de la responsabilité de l'employeur. 341II. — Les conséquences juridiques de la conception
classique des accidents du travail 343

B) La conception moderne des accidents du travail 345

I. — La disparition de la responsabilité individuelle
et personnelle de l'employeur 345II. — La survivance de la conception classique de
risque professionnel 348

a) Le caractère personnel et individuel de l'indemnisation	349
b) La réalité de la réparation des accidents du travail	352
a) Le caractère dynamique de l'indemnisation	353
β) Le caractère extensif de l'indemnisation	354
1) La prise en considération des besoins	354
2) L'indemnisation et l'atteinte patrimoniale	355
<i>Section II.</i> — Le domaine de la garantie fictive et la réfutation du principe de proportionnalité	357
a) L'affirmation du principe de proportionnalité ..	358
b) La réfutation du principe de proportionnalité ..	359
 CHAPITRE II. — Equivoque et fiction du salaire social	362
<i>Section I.</i> — L'illusion de la garantie dans le domaine des « revenus de remplacement »	362
A) Les manifestations juridiques de la fiction	363
I) Les situations pathologiques créées	363
a) La faiblesse des pourcentages	364
b) L'équivoque de la garantie du salaire	366
II. — La recherche générale de palliatifs de correction	366
a) L'échelle mobile des prestations en espèces ..	366
a) La pluralité des techniques juridiques de revalorisation des prestations	367
1) Les revalorisations périodiques	368
2) Les revalorisations apériodiques	369
β) Les effets juridiques des revalorisations ..	372
b) L'institution des minima	373
a) L'unité dans l'appréciation minima des besoins	374
β) La disparition progressive de toute référence au salaire direct	375
B) Les manifestations sociales de la fiction	377
I. — Les divergences fondées sur la profession ou la condition sociale des bénéficiaires	378
a) Les disparités entre le secteur public et le secteur privé	378

a) Les raisons expliquant les droits privilégiés du secteur public	378
β) Critique des disparités existantes et la notion moderne d'entreprise	379
b) Les disparités au sein du secteur privé	382
II. — Les divergences fondées sur le mode de rétribution	385
a) Les justifications de la notion de salaire fictif.	385
α) Le domaine d'application	386
β) Le montant du salaire fictif	387
b) Les objections opposables à la conception du salaire fictif	388
Section II. — L'illusion de la garantie des revenus familiaux.	389
A) La rupture du lien entre les prestations et les salaires.	392
B) Les effets de l'absence de relation avec les salaires ..	394
I. — Le salaire individuel, élément prépondérant du budget familial	395
II. — Le caractère aléatoire de la garantie des revenus familiaux	396

SOUS-TITRE II. — <i>LE SALAIRE SOCIAL, FONCTION DE LA PRESTATION DE TRAVAIL</i>	399
---	-----

CHAPITRE PREMIER. — La prestation de travail, condition restrictive du droit aux prestations	401
--	-----

Section I. — Le domaine restrictif de l'assurance obligatoire.	402
--	-----

Section II. — L'Assurance Volontaire, prolongement de l'assurance obligatoire	406
---	-----

A) Le statisme du champ l'application de l'assurance volontaire	407
B) L'absence d'autonomie de l'Assurance Volontaire	409
I. — Les règles actuelles de l'Assurance Volontaire.	409
a) L'entrée dans l'Assurance Volontaire	409
b) Les cotisations de l'Assurance Volontaire ..	409
II. — Les perspectives d'avenir de l'Assurance Volontaire	410

CHAPITRE II. — La notion d'activité professionnelle, condition extensive du droit aux prestations	413
<i>Section I.</i> — L'activité professionnelle, base du droit aux prestations familiales	414
A) La nécessité d'une activité professionnelle présente ..	416
1) La définition de l'activité professionnelle normale	417
2) L'abandon de la règle « prorata laboris »	419
B) L'exigence d'une activité professionnelle passée	420
<i>Section II.</i> — La généralisation de l'assurance vieillesse et la condition d'appartenance à certains groupements professionnels	423
A) Le travail dépendant, source du droit à l'assurance vieillesse des salariés	423
B) L'activité professionnelle indépendante, condition d'appartenance au régime vieillesse des non-salariés	424

TITRE II

LA DETERMINATION DES SUJETS DE DROIT DU SALAIRE SOCIAL

SOUS-TITRE I. — <i>LA RELATIVITE DE LA PRESTATION DE TRAVAIL</i>	431
CHAPITRE PREMIER. — L'intérêt de la conception moderne de dépendance économique dans le droit social	435
<i>Section I.</i> — L'analyse de la notion de dépendance économique.	436
A) L'aspect positif du critère économique et la recherche d'une analyse nouvelle des rapports du travail	437
I. — L'insuffisance des critères tirées du contrat de travail	437
II. — Les mérites du critérium de dépendance économique	439
B) L'aspect négatif du critérium économique et les objections soulevées	441

A LA NOTION DE SALAIRE SOCIAL	561
<i>Section II.</i> — Les effets juridiques du critérium économique ..	443
A) Dans le droit du travail	444
I. — La création de statuts professionnels et l'existence d'une assimilation partielle aux salariés.	445
a) L'élaboration progressive des statuts	445
b) L'absence d'une assimilation totale aux autres salariés	447
1) Les statuts professionnels instituant l'égalité de traitement	447
2) Les statuts professionnels à caractère partiel	447
II. — Le maintien des statuts professionnels et l'évolution vers une assimilation plus complète	448
a) L'abandon du formalisme juridique	449
b) La disparition des différenciations de statut.	450
B) Dans le droit des Assurances Sociales et des Accidents du Travail	451
I. — La définition extensive de la qualité de « salarié » au regard des Assurances Sociales	452
II. — Les extensions légales de la notion de « salarié assimilé »	453
a) La recherche d'une uniformisation des statuts sociaux	454
b) Le contenu extensif de la notion de « salarié assimilé »	456
 CHAPITRE II. — La fidélité de la jurisprudence à la conception classique de subordination juridique	459
<i>Section I.</i> — La position plus nuancée des juridictions inférieures	460
A) Les décisions favorables à la subordination économique	460
a) l'aspect positif	460
b) l'aspect négatif	461
B) L'élément déterminant de la « subordination d'employé à employeur »	462
<i>Section II.</i> — La tendance conservatrice de la Cour de Cassation	463
A) Les divergences ou « incertitudes » de la Cour de Cassation	464

I. — L'imperfection des textes législatifs	465
II. — L'absence de généralisation de l'assurance et ses effets	467
B) Les conditions de fait caractérisant le lien de subor- dination	470
I. — La conception objective de la subordination juridique et ses éléments d'appréciation	471
II. — La conception subjective de la subordination juridique	472
a) La subordination administrative, substitut de la subordination technique	472
b) La présomption de subordination dans les clauses contractuelles	473
SOUS-TITRE II. — <i>LA RELATIVITE DES STATUTS JURI- DIQUES</i>	475
CHAPITRE PREMIER. — La notion de « salariat assimilé » et l'alté- ration des distinctions juridiques classiques	477
Section I. — L'absence d'unité du droit social	478
a) La tendance vers une définition unitaire	478
b) La relativité de la notion de salariat	479
Section II. — L'osmose entre le contrat de travail et les contrats voisins	481
A) Les disparités de situations juridiques	481
B) L'apparition des doubles qualifications juridiques, et leur explication	483
I. — Les situations juridiques procédant de la nature intermédiaire de certaines professions.	484
II. — Le contenu relatif des statuts juridiques procé- dant de la forme juridique donnée à l'activité professionnelle	486
a) Le statut des membres des Sociétés coopéra- tives de production	487
b) Le régime juridique des membres des autres sociétés commerciales	489
CHAPITRE II. — La notion de « salariat fictif » et le bouleversement des principes traditionnels	493

<i>Section I.</i> — Le caractère fictif de la relation de travail entre époux	494
A) La nature des rapports professionnels entre époux ..	494
a) Le cadre Sociétaire et l'idée d'association	494
b) La relation de travail et l'idée de subordination	495
B) La convergence des intérêts au sein de l'institution familiale	496
a) Sur le plan des rapports personnels	496
b) Sur le plan des rapports pécuniaires	497
<i>Section II.</i> — La perturbation du statut juridique des personnes physiques au sein des sociétés	498
A) La relativité de leur condition juridique	499
I. — La nature diversifiée de leurs fonctions	499
II. — L'impuissance du droit à définir un statut homogène.	502
a) La conception commercialiste	503
1) L'atténuation des règles du mandat quant aux pouvoirs conférés aux dirigeants de Sociétés	503
2) L'aggravation de la responsabilité des dirigeants de sociétés	505
b) Les solutions contradictoires du droit social ..	507
1) Le droit du travail	507
2) L'équivoque des techniques juridiques dans la Législation Sociale moderne	508
B) L'éclosion de la notion de salariat fictif et le renversement des données traditionnelles	513
I. — La présomption de salariat et ses limites	514
a) La création d'un salaire fictif ou supposé	514
b) Le problème devant la Cour de Cassation ..	515
II. — L'incertitude du Droit positif	517

CONCLUSION

I. — Les impératifs d'évolution	522
II. — L'expression juridique de l'évolution	528

BIBLIOGRAPHIE

ADDENDUM

IMPRIMERIE HÉRISSEY — EVREUX

Dépôt légal N° 1061 : 2^e trimestre 1966
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
20, rue Soufflot Paris (5^e)
N° d'Éditeur : 1061
N° d'Imprimeur : 3379

